Org. Paulo Gustavo Gonet Branco

ATIVISMO EM DECISÕES JUDICIAIS

Escola de Direito
de Brasília - EDB

Paulo Gustavo Gonet Branco (organizador)

ATIVISMO EM DECISÕES JUDICIAIS

1ª edição

Autores

Mikaela Minaré Braúna

Antonio José Teixeira Leite

Hugo Moreira Lima Sauaia

Michelle Marrry M. da Silva

Victor Aguiar Jardim de Amorim

Brenton Vieira Crispim

Alexandre Cordeiro Macedo

Arthur Augusto de Lima Queiroz

Jacob Fortes de Carvalho Filho

Rodrigo King Lon Chia

Juliana Marise Silva

Caio Graco Mendes

Camila de Oliveira Castro

Ana Cláudia Loiola de Morais Mendes

Maria do Socorro Rodrigues Ribeiro

Lourenço Paiva Gabina

Víctor Minervino Quintiere

Instituto Brasiliense de Direito Público

Brasília

2014

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., BARROS, Janete Ricken de

Ativismo em decisões judiciais/ Organizador Paulo Gustavo Gonet Branco – Brasília : IDP, 2014.

Disponível em http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks

231 p.

ISBN 978-85-65604-56-7

DOI 10.11117/9788565604567

1. Direitos Fundamentais 2. Ativismo Judicial. 3.Jurisdição Constitucional.

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Paulo Gustavo Gonet Branco

Os autores reunidos neste volume atenderam a um desafio que lhes foi proposto durante a disciplina de Jurisprudência Constitucional do Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, que tive a satisfação de ministrar no primeiro semestre letivo de 2014. A disciplina centrou foco no estudo das características do ativismo judicial e coube aos alunos dissertar brevemente sobre esses traços, flagrados em acórdãos ou sentenças que escolhessem para exame.

Os estudos compilados neste volume partem de discussões travadas entre todos os autores durante as aulas. A intenção maior que nos moveu a todos foi a de que cada um viesse a dividir com os colegas (alunos regulares ou ouvintes do Programa de Mestrado) exemplos que ilustrassem as notas que os debates em sala revelaram como típicas do fenômeno do ativismo judicial.

Ao leitor a tarefa de apurar o grau de satisfação do objetivo proposto! Se o amigo leitor vier a se dar a este trabalho, decerto que também haverá de encontrar material expressivo do momento atual da jurisprudência em torno de assuntos constitucionais. Que a leitura lhe seja proveitosa!

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PROTEÇÃO DOS ANIMAIS

Mikaela Minaré Braúna
DOI 10.11117/9788565604567.01

"Chegará um dia no qual os homens conhecerão o íntimo dos animais; e nesse dia, um crime contra um animal será considerado crime contra a humanidade". (Leonardo da Vinci)

Introdução

O assunto ambiental é um dos temas mais comentados pela população global, mais evidente que o crescimento econômico e financeiro, pois o crescimento da espécie humana depende do saneamento do Planeta e da administração inteligente dos recursos naturais.

A efetiva proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é um meio de preservá-lo, conservá-lo, garantindo, assim, um desenvolvimento sustentável e uma essencial qualidade de vida às gerações, conforme, aliás, prevê a Constituição Federal de 1988 ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Para isto, a criação de leis é uma forma de garantir a observância de vários princípios do Direito Ambiental, bem como a política nacional do meio ambiente que garantirá a proteção de direito indisponível pertencente a toda coletividade.

No entanto é importante observar que o Estado não é proprietário do meio ambiente e sim um gestor e o interesse público predominante sobre o particular.

A Constituição da República (1988), em seu artigo 225 garante a proteção e a preservação ambiental, erigindo, assim, um princípio constitucional que ordena a todos o dever de garantir e tutelar o meio que nos cerca, assegurando não só a sobrevivência dos seres vivos, mas também a própria vida das gerações presentes e futuras.

E delimita, ainda, no parágrafo primeiro, inciso VII do citado artigo 225 que é nosso dever proteger a fauna e a flora, sendo vedada a prática de qualquer situação que coloque em risco sua função ecológica, provoque a extinção de espécies ou submeta os animais a crueldade.

O homem é o único capaz de garantir a sustentabilidade do Planeta, já que, com suas ações e omissões, pode quebrar os movimentos e as forças produzidas espontaneamente pela natureza e transformar os mecanismos reguladores que, em condições normais, mantêm ou renovam os recursos naturais e a vida na Terra.

Dessa forma, o meio ambiente equilibrado e a proteção da fauna e da flora são assegurados pela Constituição Federal como um direito fundamental da terceira geração, já que inteiramente relacionado com o direito constitucional à vida das presentes e das futuras gerações.

1. MEIO AMBIENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL

O elenco constitucional de direitos fundamentais não é taxativo e, por isso, permite o ingresso no texto constitucional de novos direitos.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, já que visa à proteção do direito à vida, o que enseja uma responsabilidade social do Estado e da coletividade, pois é uma condição imprescindível para assegurar o futuro da humanidade.

A dignidade da pessoa humana está consubstanciada na vida plena em todos os sentidos, direito fundamental, que somente pode ser garantido com a preservação do meio ambiente. O homem necessita de um meio ambiente sadio para viver com dignidade.

Dessa forma, seria, portanto, irrevogável, já que representaria uma cláusula pétrea e indisponível. Além disso, por se tratar de um direito fundamental, vincula o exercício das atividades do Legislativo, Executivo e do Judiciário.

O reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente na Constituição Federal do Brasil pode ser visto em inúmeras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em destaque nos julgamentos do RE 134.297-8/SP e do MS 22.164/SP[1]. Neste último julgamento, o STF reconheceu expressamente a definição constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, constituindo-se pela representação objetiva da necessidade de se protegerem valores e objetivos associados ao princípio da solidariedade.

A reserva legal é, a rigor, um postulado constitucional da função socioambiental da propriedade privada.

Portanto, qualquer ato normativo que disponha sobre o meio ambiente, bem como sobre a reserva legal deve ter como base a Constituição Federal, não podendo contrariá-la.

2. OS MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora os animais não sejam pessoas, sob o ponto de vista jurídico são titulares de direitos civis e constitucionais, podendo ser, como tais, considerados sujeitos de direitos.

A submissão dos animais a crueldade são práticas costumeiras na história da humanidade e perduram até os dias de hoje. Não é raro nos depararmos com situações evidentes de maus-tratos e crueldade contra animais.

De acordo com o artigo 32 da Lei Federal 9.605/1998, maus-tratos de animais são classificados como qualquer ato de abuso, maus-tratos, lesão à integridade física e mutilação de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Todavia, a redação do supracitado artigo provoca sua inaplicabilidade, pois não sabemos quais as condutas que estão inseridas no contexto de praticar

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 134297-8/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ: 22.09.1995. Disponível em: HTTP://www.stf.jus.br. Acesso em: 03.02.2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22164-0/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ: 17.11.1995. Disponível em: HTTP://www.stf.jus.br. Acesso em: 03.02.2014.

ato de abuso, bem como o que significa maus-tratos, cabendo ao magistrado verificar o caso em concreto e zelar pela aplicação da lei.

Diante disto, a caracterização de maus-tratos acaba por ser subjetiva, ou seja, sabemos que o animal está sofrendo, mas quem comete a crueldade entende que não.

Como exemplo dessa subjetividade, podemos citar o caso em que o proprietário deixa o cão preso o dia todo num quintal pequeno, sem abrigo, sozinho, latindo sem parar. Para a maioria das pessoas, isso pode ser caracterizado como 'maus-tratos', crueldade, mas pode ser perfeitamente normal para o dono do animal.

Assim, cabia ao legislador descrever o que é considerado ato de abuso e como se concretizam os maus-tratos, mas não o fez. Portanto, resta ao Judiciário sanar essa falha.

De acordo com os doutrinadores Édis Milaré e Paulo José da Costa Júnior, o ato de abuso caracteriza-se quando se exigir do animal um “esforço acima de suas forças”, “abusando dele, extrapolando limites. É o caso daquele que cavalga por muitas milhas, sem dar o necessário repouso ao animal”.[2]

Ainda de acordo com os mesmos doutrinadores, maus-tratos é o “castigo excessivo e desnecessário do animal”, como, por exemplo, o uso abusivo do relho ou das esporas, a rinha, cães presos em correntes curtas o dia todo, proprietários que batem covardemente em seus animais ou os alimentam de forma precária, levando o animal à inanição, cavalos usados na tração de carroças que são açoitados e em visível estado de subnutrição, o sacrifício de animais em rituais religiosos.

Entretanto, o uso de animais em rodeios, circos e touradas, práticas folclóricas bárbaras, como a farra do boi, rinhas de galo e brigas de canário e cães era, para alguns, justificados em parte pelos costumes.

---

[2] MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal ambiental**: comentários à Lei 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002, p. 86.

Até que o Supremo Tribunal Federal proibiu a Farra do Boi, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC, prevalecendo-se o dispositivo mais favorável ao animal, já que o submete a crueldade desnecessária.

O Recurso mencionado acima proibiu a prática em território catarinense da Farra do Boi, cuja ementa é a seguinte:

> COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE.
> A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi".
> (RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388). [3]

Como a Farra do Boi não era vedada, na forma da Lei, a pratica dessa atividade era, assim, também justificada pelo Estado de Santa Catarina, que não a reprimia.

Em seu voto, o Relator Ministro Francisco Rezek ressaltou que caberia ao referido Estado, "como expressão do poder público" produzir lei capaz de coibir toda prática que submetam animais a crueldade e, por isso, inconsistente com a Constituição Federal.

Justificou, ainda, a demora em submeter o tema a julgamento "na esperança de que isso se resolvesse sem uma decisão judiciária, de que ficasse claro que o poder público tomou providências no sentido de coibir qualquer ação agressiva à lei fundamental, e de que sobrou uma autêntica manifestação cultural, eliminados todos os seus aspectos cruéis ou reprováveis. Infelizmente

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 153.531-8/SC. Relator: Ministro Francisco Resek. Publicado no DJ: 03.06.1997. Disponível em: HTTP://www.stf.jus.br. Acesso em: 25.08.2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

isso não aconteceu. A cada ano do calendário a prática se caracterizou mais e mais como cronicamente violenta, e não apenas pontilhada de abusos tópicos".

Salientou, ainda, que a Constituição Federal não admite violência e crueldade para com os animais simplesmente por ser considerada pelo Estado uma manifestação cultural.

Complementando o estudo sobre a questão, o Ministro Marco Aurélio em suas sábias palavras assim sintetizou a questão:

> Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no inicio de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal"

Portanto, a Farra do Boi não poderia ser justificada em manifestação de cultura, já que esta deve contribuir para a realização da dignidade da pessoa humana e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme explicitou o Ministro Néri da Silveira ao proferir seu voto.

O que demonstra que o legislador nada fez para conter a Farra do Boi em virtude de entender que não se passava de uma manifestação cultural.

Assim coube ao Judiciário uma intromissão, ou melhor, uma solução sobre o conflito que, como guardião da Constituição, lhe deu a melhor interpretação. Isto porque, o exame da matéria pressupunha duas vertentes, uma com base no artigo 215 e outra pelo inciso VII do artigo 225, ambos da Constituição Federal, senão vejamos:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
> § 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> (...)
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A manifestação cultural, sem dúvida, é protegida pela Constituição, todavia, desde que, os animais não sejam submetidos à crueldade, caso contrário estar-se-ia invocando um artigo para tornar inviável a aplicação de outro. Além disso, o Estado estaria corroborando com este ato criminoso, ao invés de coibir.

Percebe-se, portanto, que se o legislador não se preocupou em criar leis, conforme disposto na norma acima, que vedassem a submissão dos animais à crueldade.

Assim, diante do problema caberia ao Judiciário tomar uma medida, ao invés de esperar o Legislativo exercer sua função, pois caso contrário estaria sendo conivente com tamanha crueldade.

Isto fez com que o Supremo Tribunal Federal recorresse aos "bons ativismos judiciais" para solucionar conflitos que a sociedade com suas transformações acarreta e que o legislativo acaba não conseguindo acompanhar ou não quer modificar.

O doutrinador Michael Perry define o ativismo como sendo o "meio para que os tribunais forneçam respostas moralmente corretas a questões políticas e axiológicas fundamentais, rejeitando o que denomina de ceticismo moral".[4]

---

[4] Michael Perry, "Judicial Activism". Harvard Journal of Law & Public Policy, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional plicymaking by the Judiciary. New Haven, Yale University Press, 1982 *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Pg. 4.**

E este não foi o único caso em que o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, precisou agir para acabar com a crueldade perpetrada contra animais. Através do julgamento da ADI 1.856/RJ, o STF acabou com a conhecida "Briga de Galo", declarando inconstitucional a Lei 2.895/1998 do Estado do Rio de Janeiro, decisão que teve a seguinte ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE.
> A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da "farra do boi" (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga ("gallus-gallus"). Magistério da doutrina.

> (...)
> (ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220-PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413).[5]

Em seu voto, o Relator Ministro Celso de Mello salienta que:

> O ordenamento constitucional brasileiro, para conferir efetividade e proteger a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando, *com tais objetivos*, neutralizar o surgimento de *conflitos intergeneracionais*, impôs, ao Poder Público, dentre outras medidas essenciais, a obrigação de proteger a fauna, vedadas, para tanto, práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies ou, *ainda*, que submetam os animais a atos de crueldade.

Aqui, a lei foi considerada inconstitucional por estabelecer uma prática cruel contra animais.

Todas as decisões acima tomadas trouxeram delineamentos essenciais a justificá-las, principalmente, com base na Constituição que visa à proteção da fauna e do meio ambiente, direitos fundamentais.

Nos casos apresentados, é uma questão de justiça tomada contra maiorias políticas, uma vez que a justiça não pode se abster a tamanha crueldade, somente porque o legislador não quer acabar com este fato por considerá-lo cultural ou aceitável.

Ademais, as decisões somente foram alcançadas com base na interpretação da norma constitucional que protege a fauna contra as práticas que submetam os animais a crueldade.

Se o Judiciário não se manifestasse interesse sobre esses fatos, estaria ignorando a Constituição Federal e negando sua aplicação.

---

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ: 26.05.2011. Disponível em: HTTP://www.stf.jus.br. Acesso em: 09.08.2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, não podemos tolerar a crueldade impetrada contra animais, uma vez que este tipo de costume não é mais majoritário e o ativismo judicial se constituí em uma resposta a este descontentamento.

É sabido que a doutrina é divergente quanto ao ativismo judicial, já que muitos acreditam que o judiciário estaria invadindo a esfera de outro poder.

Todavia, não podemos concordar com essa linha argumentativa, pois se esperássemos que o legislativo viesse a tomar medidas que modificassem ou evitassem as práticas cruéis contra animais, cuja sociedade exige uma resposta urgente, com certeza muito iríamos perder.

Assim, se o judiciário não desse a devida aplicação à Constituição Federal, interpretando-a, o sofrimento e a crueldade contra animais não cessaria, o que estaria privilegiando poucos que ainda acham que esse tipo de atividade é uma manifestação cultural ou uma forma de ganhar dinheiro.

Dessa forma, o judiciário precisa agir evitando, principalmente, o desrespeito a Carta Magna.

Nesse raciocínio o Doutor e doutrinador Paulo Gonet preleciona, de modo esclarecedor, no sentido de que "como quer que seja, costuma-se usar o termo *ativismo* em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas". [6]

Aos que criticam o ativismo judicial, simplesmente em razão da violação ao princípio da separação de poderes, caberia achar uma solução iminente para conter tamanha crueldade quando o Poder Público é inerte e a ofensa a Constituição é clara.

O judiciário não estaria, portanto, invadindo a esfera do legislativo ou de qualquer outro poder, mas dando uma solução ao problema, cumprindo o que lhe foi imposto pelo próprio constituinte pátrio.

Como já dito, a proteção o meio ambiente é um direito fundamental. Assim nas sábias palavras do ilustre doutor Paulo Gonet "Se os direitos

[6] *Ob cit.* Branco, Paulo Gustavo Gonet, pg. 6.

fundamentais vinculam e dirigem as ações do Poder Judiciário, cuja proteção lhe define a razão de ser, não deve surpreender que, para assegurar a plena vigência desses direitos, o Tribunal, provocado por instrumentos criados pela Constituição, exerça, por exemplo, jurisdição superadora da omissão de outros poderes. Se a inação dos outros poderes é reprovável por frustrar um direito constitucional que lhes cabia viabilizar, e se cabe ao STF proteger esses mesmos direitos, não será destoante da sua missão encontrar soluções, inspiradas na analogia até, que lhes assegurem a eficácia devida".[7]

Portanto, a omissão do Poder Legislativo ofende esses direitos fundamentais, o que exige uma imediata resposta do Judiciário na solução do problema ou estaria, como já dito, sendo conivente com essa inércia.

Conclui-se, assim, que a ponderação é do Judiciário que não pode fechar os olhos e deixar de dar uma solução que a sociedade clama apenas porque o Legislativo deveria fazê-lo, pois caso contrário estaria deixando de cumprir sua função que é o de interpretar a Constituição e estaria, pior, sendo conivente com o Estado.

E essa também é uma forma da Suprema Corte manifestar seu repúdio, com base na Constituição a essa prática que não passa de uma tortura, um ato cruel perpetrado contra animais, conforme afirmou o Ministro Ayres Britto no julgamento da ADI 1.856/RJ.

Não se pode olvidar que a crueldade contra animais fere o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme ficou evidenciado nas sábias palavras do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI no julgamento da ADI supracitada "Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana."

Não podemos esquecer que: "Assim como os cães e os gatos, galinhas, porcos e outros animais usados para a produção de alimentos têm personalidade própria, preferências e curiosidades. E o mais importante: sentem dor, sofrem

[7] *Ob cit.* Branco, Paulo Gustavo Gonet, pg. 11.

com o tédio e a frustração e experimentam a alegria”. [8] Basta ser observador atento para constatar os sentimentos expressados pelos animais em relação aos seus donos.

Enfim, deve se ter em consideração o que disse Mahatma Gandhi:“A grandeza de uma nação pode ser julgada pelo modo que seus animais são tratados”.

[8] http://www.arcabrasil.org.br/. **ARCA Brasil** é uma entidade de proteção aos animais na América Latina.

O ATIVISMO JUDICIAL DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOB A PRESIDÊNCIA DE EARL WARREN

Antonio José Teixeira Leite
DOI 10.11117/9788565604567.02

Resumo : Este trabalho tem como objetivo analisar a postura de ativismo judicial da Suprema Corte Americana, durante o período em que o cargo de Chefe de Justiça foi ocupado por Earl Warren. São analisados três julgados que introduziram profundas alterações no Direito então vigente nos Estados Unidos : Caso **Brown vs. Board of Education**, Caso **Gideon v. Wainwright** e Caso **Miranda vs. Arizona**.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais.

Abstract: This work aims to analyze the posture of judicial activism of the american Supreme Court, during the period when Earl Warren was Chief Justice. We analyzis three judged that altered the law in the United States: Case Brown vs. Board of Education; case Gideon v. Wainwright and case Miranda vs. Arizona.

Keywords: Judicial Activism. Fundamental Rights.

Introdução

Quando do início da guerra civil, em 1861, os Estados Unidos apresentavam uma estrutura legislativa muito complexa, reflexo do modelo federalista e do processo de formação do estado. Havia 15 unidades federativas em que a escravidão era plenamente permitida e adotada, enquanto que nas outras 19 era totalmente proibida. Ou seja, dentro de um mesmo Estado nacional, regido por uma mesma Constituição, governado por um mesmo Presidente, coexistiam legislações antagônicas entre si. A discussão residia não apenas no campo legal, mas sobretudo no econômico.

Para os políticos dos estados escravocratas, o sistema implantado trazia muitas vantagens econômicas, pois não havia o trabalho assalariado, não havia

pressões por direitos sociais, não havia dificuldades em contratar empregados, porque os escravos eram comprados, não havia preocupação com a renovação da mão-de-obra, porque os escravizados teriam de residir durante toda a sua vida em uma determinada propriedade. Há de se destacar que os estados sulistas desenvolviam uma agricultura exportadora, baseada principalmente no algodão, que assegurava aos produtores uma boa situação econômica.

Para os políticos dos estados não escravocratas, a escravidão impossibilitaria que os americanos alcançassem o nível de desenvolvimento econômico dos europeus. Apenas com uma longa guerra civil, conseguiu-se extinguir a escravidão no país.

Mas as mudanças ficaram circunscritas apenas ao plano econômico, pois não houve nem uma integração ou mesmo uma alteração significativa na estrutura social do país, nem uma mudança dos agentes detentores de poderes nas unidades federativas. Isto porque, com o fim da guerra de secessão e o término da presidência de Lincoln, o poder político continuou com os antigos proprietários de escravos nos estados confederados. Como a sociedade sulista não aceitava que antigos escravos tivessem iguais direitos que seus antigos proprietários, não tardaram a proliferarem legislações segregacionistas. Havia leis que instituíam a segregação em locais públicos, em transportes públicos, em locais de diversão, em restaurantes e até mesmo em banheiros. Mas, a de efeitos mais perversos para os negros residia na educação pública. As escolas para negros eram dotadas de instalações físicas mais precárias, verbas públicas mais reduzidas, um quadro de professores menos qualificado. Em consequência, ofereciam uma pior qualidade de ensino e proporcionavam uma formação acadêmica mais fraca para os cidadãos negros, colocando-os em desvantagem no mercado de trabalho, com a percepção de menores salários e a ocupação de cargos mais baixos.

Outro problema que também não foi resolvido com a guerra civil americana residia na ampla descentralização legislativa proporcionada pela Constituição de 1787. A situação tornava-se mais grave em relação a legislações processuais penais. As emendas constitucionais que ampliaram os direitos

fundamentais não uniformizaram o direito pátrio, pois os estados se apegavam a regras locais, voltadas para tempos pretéritos e desconexas com a lei maior.

Assim, à grave questão de diferenciação nos direitos civis entre brancos e negros, acrescentava-se o conflito entre leis estaduais e o texto constitucional, em especial quanto aos direitos do réu em ações penais. Estes problemas possuíam poucas perspectivas de solução na estrutura montada pelo constituição americana. No legislativo, mostrava-se difícil promover uma ampla reforma constitucional capaz de derrubar todas as leis segregacionistas. O Executivo não dispunha de mecanismos para diretamente derrubar legislações estaduais. No fortemente descentralizado federalismo norte-americano, restava apenas a Suprema Corte como instituição capaz de promover reformas na estrutura de segregação existente, assim como na observância dos direitos fundamentais em matéria penal.

O Ativismo na Suprema Corte dos Estados Unidos

No entanto, se atribuirmos à suprema corte a possibilidade de promover mudanças profundas no sistema legal, logo emerge a questão sobre os limites de competência impostos pela Constituição ao órgão de cúpula do judiciário. Não há previsão expressa na Carta americana atribuindo ao tribunal o poder de assumir um papel de protagonista na política nacional, exercendo prerrogativas inerentes aos outros poderes. Pelo contrário, por ser um ente composto não por membros eleitos pelo povo, mas por escolhidos pessoalmente pelo Presidente da República, restava evidente o déficit de legitimação democrática. Como poderiam as decisões majoritárias adotadas pelos representantes do povo, reunidos no Congresso Nacional, serem derrubadas por um colegiado cuja processo de escolha não passava pela participação popular direta.

Uma postura ativista tornava-se mais problemática em face dos Estados Unidos contarem com a mesma Constituição, desde 17 de setembro de 1787, quando as antigas colônias inglesas se reuniram na Convenção da Filadélfia. A função jurisdicional limitava a competência dos juízes a interpretar as normas,

de acordo com a vontade do constituinte, e aplicá-lo a um caso concreto. Ministros ativistas iriam, mais de um século e meio depois, voltarem-se não para os pensamentos dos founding fathers, como foram nominados os pais fundadores da pátria, e sim modernizarem o texto constitucional, adequando-o para os valores da sociedade atual.

Além disso, a Suprema Corte americana, ao longo de sua história, estava longe de ter uma postura de ativismo judicial. Pelo contrário, desde a sua criação, o tribunal não esteve à frente das mudanças políticas importantes do país. Foi tolerante com a questão da escravidão, não atacou o excesso descentralizador do federalismo americano, permitiu o desenvolvimento de um amplo espectro de legislação sobre direitos civis, penais, muitas em conflito com a Constituição. Em consequência, os Estados Unidos se tornaram uma federação onde coexistiam estados regidos por legislações independentes entre si e pouco vinculadas com o plano federal.

Há de se destacar que os americanos, desde o caso Marbury vs. Madison, desenvolveram o sistema de controle de constitucionalidade, permitindo a qualquer juiz afastar a aplicação da lei se esta violar a Constituição. Podemos supor que este modelo fortaleceria a efetivação dos direitos fundamentais. No entanto, há dois problemas a serem considerados : primeiro, a decisão fica circunscrita apenas às partes; segundo, como a carta americana é bicentenária, somente os juízes que assumam uma questionável postura de ativista conseguem adaptar arcaicas disposições constitucionais aos tempos atuais.

O princípio da mudança ocorre com o governo Roosevelt, implantador do New Deal e da política de intervenção do estado na economia, como forma de combater a recessão advinda da quebra da bolsa de nova Iorque, em 1929. Apesar da postura ativista da chamada "New Deal Court" a favor do avanço das liberdades civis, muitas das decisões do tribunal ficaram centradas no direito de propriedade e na intervenção do estado na ordem econômica, e, após a segunda guerra, as mudanças verificadas na composição da corte, com o ingresso de novos ministros, com a guerra fria e o agravamento das relações com os

comunistas, levaram o tribunal a uma maioria conservadora, formada pelos togados Frankfurter, Tom Clark, Sherman Mintom, Jackson e Burton.

3) A Corte de Earl Warren

No entanto, não demoraria muito para que uma nova corte fosse formada e assumisse uma forte postura de ativismo judicial, com força nunca antes vista na história jurídica do país. A mudança será motivada não por intenção do presidente da república ou por consenso político favorável, mas sim pela chegada à corte de Earl Warren. Apesar de inicialmente atuar como advogado, Warren desenvolveu uma extensa carreira política, desempenhando três mandatos consecutivos como governador do estado da Califórnia, no período compreendido entre 1943-1953. Após uma década como chefe do executivo estadual e membro do Partido Republicano, foi indicado pelo então Presidente Dwight Eisenhower para ser o 14º Chefe de Justiça, assumindo em outubro de 1953, a presidência da suprema corte. Era um momento político delicado, pois a Guerra da Coréia acabara de findar sem que os americanos conseguissem uma vitória, apesar do envolvimento direto no conflito. Era também a época da caça às bruxas promovida pelo senador Joseph Raymond McCarthy, com perseguições e acusações generalizadas contra cidadãos pró-comunistas. Mas, essa conjuntura não impediu que a Corte de Warren promovesse profundas mudanças tanto na parte dos direitos civis, quanto na parte dos direitos penais, impulsionadas por três casos submetidos a sua apreciação : Brown vs. Board of Education, Caso Gideon v. Wainwright e Miranda vs. Arizona.

4) Caso Brown vs. Board of Education (1954)

Logo após assumir, Warren e a corte resolveram enfrentar o crítico caso da segregação racial no ensino público. Havia um perigoso precedente da Suprema Corte na decisão proferida no caso Plessy vs. Ferguson. O cidadão Homer Plessy, afro descendente, mas também de ascendência branca, havia

adquirido um bilhete para a primeira classe na viagem de trem de Nova Orleans até Covington. Ao ser abordado no vagão pelo cobrador, foi instado a se retirar porque o assento era destinado apenas para brancos. Em face de sua negativa, a polícia interveio e o levou preso. Acabou sendo submetido a julgamento por violar uma Lei do estado da Lousiania de 1890, que fixava a segregação nos trens, e condenado pelo juiz John Ferguson. O caso foi, então, levado à Suprema Corte, em 1896, sob alegação de violação à Décima Quarta Emenda Constitucional, aprovada no ano de 1868, que garantia aos cidadãos a igualdade de proteção na lei, nos seguintes termos :

> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis.

Apesar da previsão de igualdade perante a lei, o tribunal decidiu pela constitucionalidade da lei lousiana e pela manutenção da punição a Plessy. Isto porque, para os Ministros, foram oferecidos assentos tanto para brancos, quanto para negros, o que assegurava a igualdade, não havendo, por outro lado, obrigatoriedade de que ambas as raças sentassem juntas. Era a chancela da doutrina “equal but separate” (separados mas iguais), que perdurou por mais de meio século nos Estados Unidos.

Baseado nesta doutrina, vários casos foram julgados constitucionais como Caso Gong Lum vs. Rice (1927), que equiparou as crianças de origem chinesa aos negros para fins de matrícula escolar, vedando, portanto, que estas se matriculassem nas escolas de brancos.

Uma nova questão polemica surgirá na cidade de Topeka, no estado do Kansas. Linda Brown, então com 8 anos de idade, estudava em uma escola para negros, que além de ficar a 21 quarteirões de sua casa, possuía instalações velhas e era deficitária em qualidade de ensino. No entanto, havia uma boa escola a apenas 5 quarteirões de onde morava, mas era exclusiva para estudantes

brancos. A estudante poderia ir caminhando se estudasse neste estabelecimento, mas era obrigada a diariamente acordar cedo e pegar ônibus para chegar a sua escola. , A tentativa de matrícula restou infrutífera, por causa da cor da pele da estudante. O caso foi levado à justiça pelos pais de Linda, sem a obtenção de uma decisão favorável. O Tribunal Distrital do Kansas, baseado na jurisprudência do caso Plessy vs. Ferguson, argumentou que também fora oferecido uma escola para os negros e decidiu aplicar a teoria do equal but separate, mantendo a proibição de matrícula. O caso foi então levado à Suprema Corte, em 1952, mas somente após a posse do novo Chefe de Justiça, no ano seguinte, foi posto em julgamento e decidido em 17 de março de 1954.

No início do voto da Corte (não houve juízes dissidentes que votaram de forma contrária), Warren destacou a complexidade do caso, envolvendo leis que impunham a segregação no sistema educacional americano, a utilização da doutrina do igual mas separado e a alegada violação à XIV Emenda :

> Em cada um dos casos, os menores da raça negra, através de seus representantes legais, procuram o auxílio dos tribunais na obtenção de admissão às escolas públicas da sua comunidade, baseando-se na não segregação. Em cada caso, [347 US 483, 488] foi negada a admissão às escolas frequentadas por crianças brancas, com fundamento em leis que exigem ou permitem a segregação de acordo com a raça. Essa segregação foi acusada de privar os autores da igual proteção das leis sob a Décima Quarta Emenda. Em cada um desses casos, além do de Delaware, um tribunal federal de três juízes negou o direito para os autores sobre a assim chamada doutrina "separados mas iguais" anunciado por este Tribunal em Plessy v. Ferguson, 163 US 537. De acordo com essa doutrina, a igualdade de tratamento é concedida quando às raças são fornecidos equipamentos substancialmente iguais, mesmo que em instalações separadas. No caso de Delaware, a Suprema Corte do estado aderiu a essa doutrina, mas ordenou que os autores fossem admitidos às escolas de brancos por causa de sua superioridade sobre as escolas dos negros.

Da análise deste voto, resta evidenciado que o litígio em torno da segregação escolar não envolvia apenas o caso de Linda Brown, havendo também pedidos similares provenientes da Carolina do Sul (Briggs vs. Elliot), Virgínia (Davis vs. Count Scholl Board) e Delaware (Gebhart v. Belton). Neste ultimo estado, houve uma decisão que concluía pela possibilidade de matrícula,

em consequência da inequívoca qualidade melhor da escola para brancos. Como os dirigentes escolares não aceitavam a matrícula de estudantes negros, recorreram a suprema corte para derrubarem a decisão delawariana.

Warren destacou que a discussão na Corte dirigiu-se para verificarmos a intenção dos congressistas e demais agentes envolvidos na aprovação da XIV Emenda. Mas, como esta alteração constitucional ocorreu em 1868, portanto há quase um século, não era possível chegarmos a uma conclusão sobre a grave questão da segregação racial, baseando-se em suposições sobre as intenções dos reformistas daquela época, ou mesmo voltando-se para uma sociedade que não existia mais, nos seguintes termos :

> A rediscussão foi em grande parte dedicada às circunstâncias que rodearam a aprovação da Décima Quarta Emenda, em 1868, cobrindo exaustivamente consideração da alteração no Congresso, a ratificação pelos estados, em seguida, as práticas existentes na segregação racial, e os pontos de vista dos defensores e opositores da emenda. Esta discussão e nossa própria investigação nos convencem que, embora essas fontes lancem alguma luz, não é suficiente para resolver o problema com que nos defrontamos. Na melhor das hipóteses, elas não são conclusivos. Os defensores mais ávidos das alterações no pós-guerra, sem dúvida, afirmam que a emenda removeu todas as distinções legais entre "todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos." Os seus adversários, com a mesma certeza, se opunham tanto à letra e ao espírito das alterações e desejavam que os efeitos fossem mais limitado. O que os outros no Congresso e os legislativos estaduais tinha em mente não pode ser determinada com algum grau de certeza.

O grande obstáculo residia na jurisprudência assentada pelo caso Plessy vs Ferguson, que vinha sendo aplicada. No entanto, indo de encontro a esta antiga decisão, a Corte Warren concluiu que a segregação na educação pública violava a igual proteção fixada pela XIV Emenda, sendo, portanto, inconstitucional a existência de estabelecimentos separados entre brancos e negros, nos seguintes termos :

> Chegamos então à pergunta apresentada: a segregação das crianças nas escolas públicas apenas com base na raça, mesmo que as instalações físicas e outros fatores tangíveis possa ser igual, privaria as crianças do grupo minoritário de oportunidades educacionais iguais? acreditamos que ela faz ... Conclui-se que, no campo da educação pública, a doutrina dos

> "separados mas iguais" não tem lugar. Instalações educacionais separadas são inerentemente desiguais. Portanto, temos que os autores e outros em situação semelhante, trazidos nas ações, são, em virtude da segregação, privados da igual proteção das leis garantida pela Décima Quarta Emenda. Esta disposição torna desnecessária qualquer discussão sobre se tal segregação também viola a cláusula do devido processo trazido pela Décima Quarta Emenda.

Por nove votos a zero, chegava ao fim décadas de discriminação racial na educação pública, reparava-se uma das piores máculas que se abatia sobre a sociedade americana e seu sistema legal, tornava-se efetiva a igualdade de proteção na lei, até então, restrita apenas ao texto da décima quarta emenda constitucional. Mas os estados sulistas não se conformaram com a decisão, tanto proferindo agressivos ataques à corte, acausando-a de atuar em claro abuso de poder judicial, quanto promovendo intensa campanha para impedir o cumprimento do decidido. Em Litle Rock, Arkansas, 9 estudantes negros tentaram frequentar a Central High Scholl, com 1.900 estudantes brancos. Defendendo a segregação, o governador Orval Fabulus ordenou que a guarda nacional do Arkansas cercasse a escola para impedir o ingresso dos alunos de cor. Somente com o envio de forças do exército pelo Presidente Eisenhower, os estudantes puderam frequentar as aulas.

5) Caso <u>Gideon v. Wainwright</u> (1963)

O caso envolvia o cidadão Clarence Gideon, preso no ano de 1961, acusado de ter furtado U$65,00 de uma máquina de cigarros, localizada em um salão de sinuca. Como não tinha dinheiro para pagar a fiança, ficou preso por dois meses aguardando ser julgado. Um simples furto quase inexpressivo em termos de valores envolvidos iria se tornar um dos casos mais emblemáticos da história da justiça americana.

Ao ser submetido a julgamento, Gideon solicitou a assistência gratuita de um advogado junto à justiça do estado da Flórida, por não possuir recursos suficientes para arcar com a contratação. No entanto, seu pedido foi recusado sob o argumento de que, segundo as leis do Estado, apenas poderia ser deferido

nos casos em que o réu estivesse respondendo a um crime sujeito a aplicação da pena de morte. A questão principal, portanto, residia no direito a ser assistido por um advogado durante o processo penal. Mas, nos Estados Unidos, a concepção era a de que a defesa de acusações, na maior parte dos crimes, deveria ser feita pelo próprio acusado, mesmo que este desconhecesse leis, processos, funcionamento da justiça ou outras especificidades inerentes a um julgamento. Tínhamos, assim, a concentração na mesma pessoa, da figura do defensor e do réu. Para agravar a situação, havia decisões anteriores da Suprema Corte que não definiram a obrigatoriedade da assistência advocatícia. No caso Powel vs. Alabama, a extensão do direito de defesa foi deixado à critério dos estados.

Em outro caso similar, o cidadão Betts foi indiciado por roubo no estado de Maryland. Ao ser julgado, solicitou a assistência de um advogado, o que foi indeferido pois tal direito apenas era concedido no caso de homicídio ou estupro. Apesar de ter se declarado inocente e ter ouvido testemunhas de defesa, o juiz o sentenciou a oito anos de prisão. O condenado interpôs, então, habeas corpus à Suprema Corte, sob o fundamento de violação a décima quarta emenda. Mas o tribunal decidiu que não era obrigatória, para qualquer tipo de crime, o deferimento de advogado àqueles que não dispunham de recursos.

Gideon, da mesma forma, foi obrigado a fazer sua própria defesa, sem assistência de advogados, e, perante um júri, acabou condenado à cinco anos de prisão, a pena máxima para este delito de acordo com a lei estadual. Já na condição de preso, após aprofundar o conhecimento de seus direitos, interpôs, em 08 de janeiro de 1963, um habeas corpus à suprema corte, alegando, primeiro, violação à VI Emenda que fixava o direito a assistência advocatícia, nos seguintes termos :

> Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tenha sido cometido, distrito esse que deverá ter sido previamente estabelecido por lei, e de ser informado da natureza e da causa da acusação; para ser confrontado com as testemunhas de acusação; para ter o processo obrigatório; para obter testemunhas em seu favor, e ter a assistência de um advogado para sua defesa.

Também alegou que houvera violação à XIV Emenda, que fixava o devido processo legal :

> Nenhum Estado poderá fazer ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

O caso aparentemente simples envolvia questões delicadas e complexas. De um lado, se a corte julgasse pela obrigatoriedade de advogados, muitos dos condenados sem a assistência advocatícia poderiam anular suas sentenças e voltar ao convívio social. Seria derrubado um acervo de leis estaduais, o que configuraria uma intervenção da maior corte federal nos legislativos locais. De outro, mostrava-se questionável que em um estado democrático, cidadãos sem o devido conhecimento legal fossem obrigados a travar uma luta desigual com o Estado, que contava com todo um aparato administrativo e policial para produzir provas das acusações, desprovidos de uma assistência advocatícia.

Em 18 de março de 1963, a Corte, indo de encontro a sua jurisprudência anterior, decidiu que a Constituição não fixa um processo diferente para julgamento de crimes com pena capital e os demais crimes, como evidencia o voto condutor :

> Devo concluir aqui, como em Kinsella, supra, que a Constituição não faz distinção entre casos de pena capital e os de não capital. A Décima Quarta Emenda exige o devido processo legal para a privação de "liberdade", assim como para a destituição de "vida", e não pode haver constitucionalmente a diferença na qualidade do processo com base em uma suposta diferença apenas na sanção envolvida. Como pode a Décima Quarta Emenda tolerar um procedimento para condenações capitais fundamentadas na premissa de que a privação da liberdade pode ser menos onerosa do que privação da vida

A suprema corte decidira que a diferenciação processual imposta a Gideon violava a décima quarta emenda e seria, portanto, inconstitucional. Com esta julgado, todos os Estados da federação passariam a estar obrigados a providenciar assistência legal de um advogado para os acusados de crimes em

geral, impondo como única condição o fato dos réus não disporem de recursos econômicos suficientes para pagar por isso. Perderam vigência, assim, dezenas de legislações nos mais diversos entes da federação e todos os poderes estatais tiveram de observar regras concordantes com a VI Emenda. Gideon foi, mais tarde, submetido a um novo julgamento, mas, desta vez, assistido por um advogado de defesa, foi considerado inocente.

6) Caso Miranda v. Arizona (1966)

No ano de 1963, Ernesto Miranda foi preso em sua residência, em Phoenix, pela polícia do estado do Arizona, após ser identificado por uma suposta vítima de rapto e estupro. Foi, então, submetido a um longo interrogatório de quase duas horas, sem ter sido informado dos seus direitos à presença de um advogado e o de se manter em silêncio. Apesar de inicialmente declarar-se inocente, acabou confessando a prática dos crimes e assinado o seu depoimento. Esta confissão da autoria dos crimes foi utilizado pela justiça estadual para condená-lo.

A questão central neste caso residia nos procedimentos adotados pela polícia quando da realização de interrogatórios. A V Emenda da Constituição americana trazia a previsão da vedação a auto-incriminação, nos seguintes termos :

> Nenhuma pessoa será tida como responsável por um crime capital ou infame, a menos que sob acusação ou processo perante o grande júri, exceto em casos originados quando crimes militares ou em serviço em tempo de guerra ou perigo público; nenhuma pessoa será sujeita a mais de um julgamento pelo mesmo fato; ninguém será compelido em nenhum caso criminal a fazer prova contra si mesmo (princípio da não incriminação própria), nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ninguém será privado de sua propriedade para uso público sem a devida indenização

A VI Emenda trazia a previsão da ampla defesa e do contraditório a ser deferido aos acusados, nos seguintes termos :

> Em todo processo penal o acusado usufruirá o direito de ter um julgamento público e célere, por um júri imparcial do estado ou circuito federal, previamente competente pela lei e ser informado sobre a natureza e causa da acusação; bem como de contrariar as provas contra si e ter possibilidade de produzir provas a seu favor e obter assistência de advogado em sua defesa.

Como Miranda foi submetido sozinho, na condição de preso, a um longo interrogatório, no interior de uma delegacia, cercado por policiais, restou evidenciado que pouco, ou nada, poderia fazer para se defender. Nestas condições, o interrogado, além de ter seu direito de defesa violado, está sujeito a sofrer todo o tipo de coação e ameaças de modo a ser obrigado a confessar um delito ou produzir provas contra si.

No entanto, o procedimento da polícia estava amparado legalmente, ou seja, vislumbrava-se um claro conflito entre a V Emenda e a legislação estadual. A visão era a de que o federalismo altamente descentralizado implicava a interpretação muito aberta e subjetiva dos comandos constitucionais, de modo a não se chocar com as disposições locais.

Este quadro vai começar a sofrer alteração quando Miranda, inconformado com a condenação baseada em sua confissão, resolveu recorrer à Suprema Corte, alegando violação à V Emenda. Em 28 de fevereiro de 1966, o caso foi colocado em julgamento no tribunal. O chefe de justiça Warren manifestou o voto da maioria, destacando inicialmente o vício existente em provas obtidas de forma arbitrária, nos seguintes termos :

> O Ministério Público ***não pode usar declarações de defesa ou de acusação*** derivadas de um interrogtório ***iniciado por policiais depois que uma pessoa foi presa ou privada de sua liberdade de ação***, de forma significativa, a menos que ***demonstre o uso de garantias processuais eficazes para garantir os privilégios da Quinta Emenda contra a auto-incriminação***

A questão passava a ser como assegurar os direitos a não incriminação quando houver um interrogatório policial. Warren destacou que a validade da prova produzida requeria a informação clara e inequívoca ao interrogado do seu acervo de direitos, nos seguintes termos :

> A pessoa detida deve, antes de interrogatório, ser claramente informado de que tem o direito de permanecer em silêncio e tudo o que disser será usado contra você no tribunal, deve ser claramente informado de que tem o direito de consultar um advogado e de ser acompanhado por seu advogado durante o interrogatório, e que, se é um indigente, um advogado será nomeado para representá-lo."

Este julgamento, no entanto, despertou sérios debates entre os integrantes da Suprema Corte, com a formação de um grupo contrário ao pleito de Miranda. O Direito Penal e Processual Penal nos Estados Unidos eram de competência estadual, exceto nos casos específicos de crimes federais. Para muitos, a corte estaria, assim, usurpando os poderes legislativos dos Estados, para tentar impor regras nacionais. Mas, o tribunal acabou provendo o recurso interposto, prevalecendo pela apertadíssima votação de 5 a 4, o entendimento sobre a necessidade de ser previamente assegurado o direito de defesa ao cidadão, quando interrogado sob custódia.

O presente caso foi certamente um outro marco do ativismo judicial, porque, até aquele momento, não havia uma lei aplicável a todos que fixasse a obrigatoriedade em ser assegurada a ampla defesa prévia aos submetidos a interrogatório. O texto constitucional também era muito avaro de conteúdo de forma a resguardar as prerrogativas do cidadão, permitindo que leis estaduais trouxessem normas perigosas no campo dos direitos fundamentais.

A partir deste julgamento, o direito à defesa e a não auto incriminação foi alçado a um absoluto pré-requisito ao interrogatório. Antes de qualquer questionamento, o tribunal decretou que uma "pessoa deve ser informada que ela tem o direito de permanecer calada, e que qualquer depoimento que fizer poderá ser usado como prova contra si mesma," dentre outras prerrogativas.

A corte, apesar de fixar a necessidade de informação prévia dos direitos de defesa, não especificou o teor exato do conteúdo a ser lido para os suspeitos de crimes. Foi necessário, portanto, a montagem de uma fraseologia de modo a atender as condições impostas na decisão. Passou a ser corrente a adoção pelos agentes policiais do seguinte texto :

> Você tem o direito de permanecer em silêncio.

> Qualquer coisa que disser pode e será usado contra você em um tribunal.
> Você tem o direito a um advogado presente durante o interrogatório.
> Se você não pode pagar um advogado, lhe será atribuído.

O ativismo judicial trazido na decisão do caso de Miranda vs. Arizona trouxe grande impacto no direito penal americano. Os agentes policiais de todos os estados da federação tiveram de, como procedimento padrão, informar aos suspeitos seus direitos constitucionais para evitar a auto-incriminação, assim como da consulta a um advogado. Por causa desta nova configuração jurídica, estes passaram a ser conhecidos como os direitos de Miranda, muito populares em produções de televisão e filmes, mostrando policiais lendo os direitos dos detidos.

Embora a decisão da Suprema Corte tenha anulada a condenação de Miranda, outra de suas condenações, a de roubo, não foi afetada pela decisão. A promotoria do estado do Arizona novamente o submeteu a julgamento, tendo sido condenado. Permaneceu 11 anos na prisão e foi liberado mais tarde em liberdade condicional, não mais se envolvendo em litígios com a justiça. No ano de 1976, envolveu-se em uma briga de bar, recebendo golpes de faca proferidas por um imigrante mexicano e vindo a falecer. Por ironia do destino, o suspeito, ao ser preso e informado de seus direitos, resolveu permanecer em silêncio no interrogatório. Este caso, até hoje, não foi resolvido.

Conclusão

O ativismo judicial da corte Warren conferiu uma nova feição para alguns dos principais direitos fundamentais atribuídos aos cidadãos. Hoje, podemos arguir que a decisão no caso Brown vs. Board of Education não atingiu a segregação em outras áreas públicas, como em restaurantes, bares, transportes e banheiros, nem impôs uma data para findar a separação racial nas escolas públicas. Mas, em 1954, época em que a segregação estava institucionalizada e legalizada em 21 estados, a Corte teve a coragem de declarar a

inconstitucionalidade de toda uma estrutura jurídico-social até então vigente. A integração, no entanto, ocorreria de forma lenta e com muitos conflitos, pois não se acabaria subitamente com séculos de políticas racistas lastreadas na aceitação popular e em apoio político. Mas foi uma decisão que retiraria o pilar de sustentação das legislações segregacionsitas, traria um grande vitória não apenas jurídica, mas sobretudo moral, e mudaria para sempre o sistema de ensino público americano. Os direitos das minoriais raciais não mais estavam condicionados à vontade imposta da maioria branca.

Depois com o caso Gideon v. Wainwright, o ativismo da Corte Warren tornou o processo mais equilibrado, mais justo, mais constitucional, inserindo a obrigação de todos os estados da federação assegurarem um advogado aos hipossuficientes, independente da natureza e da gravidade do crime.

Por fim, o ativismo da Corte Warren, na decisão proferida no caso Miranda v. Arizona, introduziu mudanças profundas nos procedimentos a serem observados pelas autoridades policiais e judiciais de todos os estados da federação, assegurando-se o direito à ampla defesa e a não auto-incriminação.

A Corte Warren pode ser criticada por divergir das maiorias, por ir de encontro às legislações estaduais e contrariar os agentes políticos, mas certamente foi a que mais convergiu para assegurar os direitos fudnamentais, para adequá-los a um estado democrático e para estender o princípio da igualdade às minorias. Hoje, decorridos mais de meio século de seus julgados, por mais críticias que possamos tecer, as decisões proferidas podem ser consideradas um marco dentro do direito norte-americano. Desde 1969, sobrevieram várias novas composições na Suprem Corte, mas certamente, o período em que Earl Warren foi o Chief Justice continua sendo o de maior ativismo da história jurídica dos Estados Unidos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2009.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). Curso de Direito Constitucional. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Juruá, 2009.

O CASO DO DEPUTADO FEDERAL NATAN DONADON E O MANDADO DE SEGURANÇA N.º 32326 MC/DF: OS LIMITES SEMÂNTICOS À INTERPRETAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS.

Hugo Moreira Lima Sauaia[9]
DOI 10.11117/9788565604567.03

RESUMO: Este artigo busca definir uma concepção de ativismo judicial baseada na proibição democrática de interferência na missão constitucional precípua do Poder Legislativo, e a partir desta noção intenta construir a idéia de um mecanismo de identificação de decisões ativistas que interpretem normas constitucionais originárias subvertendo os limites semânticos do texto constitucional. Em seguida usa o filtro criado para analisar a decisão liminar no Mandado de Segurança N.º:32326 MC/DF, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO – DEMOCRACIA – INTERPRETAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA

ABSTRACT: This article tries to define a conception of judicial activism based upon the democratic prohibition of interference in the main constitutional mission of the Legislative Power, and from the point of view intents to build a mechanism for identifying activist decisions which interpret original constitutional clauses subverting the semantic limits of the constitutional text. Following the filter recently built is used to analyze the preliminary decision ruled in the course of the Writ of Mandamus N.º:32326 MC/DF by Justice Luis Roberto Barroso of the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: CONSTITUTION – DEMOCRACY – INTERPRETATION – WRIT OF MANDAMUS

---

[9] Advogado em São Luís – MA e Brasília - DF, aluno do Mestrado Acadêmico em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro do grupo de pesquisa e estudos Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania (IDP).

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é humilde, sem que isto descaracterize sua importância no contexto dos debates que hodiernamente são travados no Brasil sobre a importância do desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial.

Pretende-se explicar o ativismo a partir da concepção de invasão da atividade legislativa com o rompimento dos limites semânticos do texto constitucional, e definir assim um único critério, ferramenta esta que seria fonte de indicação da presença de traços ativistas no julgado sob exame, quando da interpretação de normas constitucionais originárias.

Em seguida prossegue-se com a análise da decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança 32326 MC/DF, de lavra do Ministro Luis Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso do Deputado Natan Donadon, onde se compreendeu que a decisão da mesa da Câmara dos Deputados seria meramente declaratória quando da condenação pelo Supremo em pena privativa de liberdade nos moldes a serem apresentados.

A CONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE ATIVISMO A SER UTILIZADA E A DEFINIÇÃO DO FILTRO ADEQUADO PARA A IDENTIFICAÇÃO DO FENÔMENO.

Discutir ativismo judicial não é tarefa simples. Isto porque a literatura jurídica tem dificuldades de definir seus próprios contornos. Pode-se dizer, sem medo de errar, que definir o fenômeno do ativismo judicial perpassa a construção deste conceito enquanto terminologia aplicável no exame das mais variadas decisões.[10]

Pretendendo-se neste pequeno trabalho o exame de um caso concreto, sendo ele a decisão concessiva da medida liminar nos autos do MS 32326 MC/DF prolatada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, para responder à pergunta de se

[10] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial.** André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402

referida decisão fora fruto de postura decididamente ativista ou não, imprescindível assim, definir qual o referencial teórico de ativismo, ou seja, o que se pensa por ativismo judicial, e dentro de que perspectiva ele está inserido.

O referido Ministro, prolator da decisão que será analisada, é inclusive um dos mais marcantes defensores de uma espécie de ativismo positivo, ou seja, a possibilidade do judiciário decidir para além do que estaria disposto no texto, a fim de atender o Judiciário a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, mas observando os riscos à legitimidade democrática e de politização da justiça, tão quanto aos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário:

> O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais.[11]

Parece defender o autor, que um dos papeis da jurisdição constitucional seria o de proteger valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos, atuando assim de forma contramajoritária, o que permitiria a proteção da democracia dos riscos do princípio majoritário:

> Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.[12]

Outros autores defendem postura antagônica, ao afirmarem a desnecessidade de se recorrer a "bons ativismos" para a solução de questões que o legislativo não teria ainda resolvido. Tentar discutir o ativismo em uma perspectiva maniqueísta ou oscilante entre bom/mal seria abordagem

---

[11] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 25 agosto 2014.
[12] BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit.

despropositada, uma vez que a subjetividade das avaliações históricas não nos permitiria definir com precisão o fenômeno, que representaria tanto posturas conservadoras que perpetuaram segregação racial e impediram transformações econômicas como aquelas que o *new deal* de Roosevelt tentava operar na segunda metade do século 20 nos Estados Unidos da América, como posturas nitidamente progressistas ou liberais, com aquelas da Corte *Warren* na década de 1960, admitindo as intervenções governamentais na economia e ao prolatar decisões que impunham modelos não segregacionistas como o famoso precedente de *Brown v. Board of Education.*[13]

A partir desta posição, a questão se deslocaria para a fragilização provocada pelo ativismo à produção democrática do direito. Delegar ao judiciário a produção de normas significaria permitir que o direito não fosse produzido democraticamente, mas fruto de "vontade de poder". Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos patrimoniais e pessoais, mas sim de se verificar a gravidade dos efeitos colaterais de se permitir ou admitir que problemas que simplesmente não estão prontos para serem resolvidos pelo Poder Judiciário, o sejam, pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial, onde haveria uma espécie de substituição tópica do legislador.[14]

Imprescindível neste ponto distinguir as questões de princípio, onde "Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right", ou seja, a justificação da decisão se baseia no respeito a direitos individuais ou coletivos. Das decisões de política, nas quais "arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole", argumentos de política justificariam a decisão por demonstrarem que a decisão avançaria na proteção de algum objetivo da comunidade como um todo.[15]

---

[13] STRECK, Lenio Luis. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas Constitucionais Inconstitucionais.** Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 25 agosto 2014.

[14] Op. Cit.

[15] DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

O árduo ofício de decidir seria assim uma questão de princípios, somente assim, sem a inclusão de argumentos políticos ou de eficiência econômica, seria possível fortalecer a jurisdição constitucional com o exercício de sua função autêntica, que é a de garantir, mesmo que contra as maiorias eventualmente constituídas – e nisto está incluída a opinião pública – as escolhas democráticas realizadas no espaço político do parlamento, onde não se está à mercê das escolhas políticas, inclusive, dos próprios ministros. A democracia é algo muito importante para ficar ao alvedrio da vontade de quem julga:

> A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada à cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional. Ou seja, a decisão deve ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função que não consiste em legislar. Em suma, uma questão como essa, justamente pela importância da qual está revestida, não pode ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade, cujo *locus* adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão.[16]

Tomando-se por referência esta segunda posição, com a admissão da necessidade de certa autocontenção no exercício da jurisdição, sob pena de grave lesão aos interesses democráticos, podemos construir uma imagem do fenômeno do ativismo judicial dotada de nítido caráter negativo, de intromissão das esferas públicas do Poder Legislativo. Resta, porém, definir, se possível, o que seria isto, ou melhor, como se identificar em que momento do ato de julgar se pode considerar que o magistrado haveria escapado da zona de princípio e adentrado, então, a zona política.

Tal tarefa, de perscrutar os limites da legítima atividade hermenêutica em qualquer manifestação judicial é missão que subverteria os limites do presente trabalho, em razão de sua grande complexidade, assim como das enormes divergências encontradas. Por isto, pretende-se estabelecer somente um critério, um único filtro de identificação do ativismo judicial, o qual não poderia ser

[16] STRECK, Lenio Luis. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op. Cit.

utilizado para o diagnóstico de qualquer ativismo, mas que indicaria a presença de postura ativista na decisão examinada, caso a sua presença fosse diagnosticada.

A proposta é trabalhar no exame do caso concreto o filtro dos limites semânticos na interpretação das normas constitucionais originárias. A razão do critério escolhido, e sua aplicação às normas constitucionais originárias, se dá em virtude das limitações interpretativas advindas da consagração da tese em nosso meio, de que não é possível haver norma constitucional originária inconstitucional, ou seja, que diante da ausência de hierarquia dentro da própria constituição, não seria possível se conceber norma constitucional oriunda da atividade do poder constituinte originário que seja totalmente inconstitucional.[17]

Diz-se não ser possível falar em norma constitucional originária que seja totalmente inconstitucional, porque em se tratando de semântica, ou seja, de significado do texto, importante abordar-se primeiramente o fato de que todo texto carrega consigo mais de um significado, ou seja, todo texto é plurissignificante. Diante desta constatação, por óbvio, que *a priori*, considerando-se isoladamente o texto constitucional, ainda que de norma constitucional originária, não haveria como se excluir a possibilidade de haver significados incoerentes com a integridade da norma constitucional.

Isto porque, e aqui deve ser feita outra pontuação, texto e norma não se confundem, a norma é produto do ato interpretativo, compreende um significado resultante da compreensão do intérprete sobre o texto. Não se quer dizer com isso que a norma dependa tão somente do aspecto semântico, mas que este aspecto deve também ser minimamente observado, e que seu desvirtuamento implica em postura ativista:

> Aparecem de modo bem distinto, neste ponto de minha exposição, o texto (enunciado, disposição) e a norma. Texto e norma não se identificam: o texto é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela, designa [Canotilho 1991:225]. [...]
> A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos

[17] BRASIL. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADIN nº 815-3 – Distrito Federal**, julgada em 28 de março de 1996, RT 732/147.

> as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas.[18]

Portanto, admite-se que mesmo as normas originárias quanto ao aspecto semântico possam ter compreensões que destoariam da resposta constitucionalmente mais adequada, uma vez que esta depende dos significados possíveis do texto filtrados pela análise do contexto constitucional, da análise de decisões anteriores e da compatibilidade com o restante do texto.

Em resumo, resta um limite, o texto mesmo sendo plurissignificante não é totalmente relativo, ou seja, quando a letra do dispositivo constitucional afirma que o preso tem direito à identificação dos responsáveis pela sua prisão ou por seu interrogatório policial (art.5º, inciso LXIV), não é possível ler do texto o sentido oposto, que algum preso simplesmente não tenha este direito tão expressamente consagrado, sem outro texto que crie exceções originariamente na própria constituição.

A unidade da constituição, que é parâmetro interpretativo para a análise da compatibilidade entre normas constitucionais originárias, determina exatamente, que sob pena de desvirtuamento da ordem constitucional, a constituição seja interpretada como um todo coerente, o que não permite a simples atribuição de significados antagônicos ao texto pelo intérprete:

> Dito de outro modo, as "fronteiras textuais", produtos de um direito produzido democraticamente e que deveriam estabelecer limites à discricionariedade, "confinando-a" nos marcos do ordenamento, acabam sendo ultrapassadas por um "aprimoramento genético" do positivismo, isto é, não satisfeito com uma "discricionariedade contida nos marcos do ordenamento", o positivismo praticado no Brasil constrói diversas maneiras de ultrapassar essas fronteiras (veja-se, por exemplo, o argumento, muito utilizado até mesmo por cultores de determinadas teorias críticas, de que o texto é tão-somente "a ponta do iceberg", e que, por baixo dele, estão os valores...; veja-se, enfim, o realismo jurídico, a jurisprudência de valores, etc). Assim, para essa modalidade de positivismo – para, aqui, não rejeitar teses de que possam existir outros "positivismos" que não têm na discricionariedade judicial a sua holding –, há

---

[18] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

> momentos em que o texto jurídico já não "satisfaz suficientemente" o "interesse" do intérprete (afinal, antes de tudo, o direito é instrumento de poder). Como conseqüência, para esse tipo de positivismo (ainda dominante em terrae brasilis) o texto jurídico, mesmo que produzido democraticamente e em conformidade com a Constituição, transforma-se em um "obstáculo" que deve ser ultrapassado, em nome dos valores, da mens legis, da voluntas legis, etc. E assim por diante. Esse "ir-além-do-texto", enfim, essa discricionariedade que se transforma em arbitrariedade, tem lugar a partir de diversas teorias que colocam na subjetividade do intérprete o locus do processo hermenêutico, tais como as teorias realistas e axiologistas (por vezes, simplesmente voluntaristas) em geral, que, quando lhes interessa, relegam os textos jurídicos a um plano secundário, sob o pretexto de que "cabe ao intérprete a descoberta dos valores escondidos embaixo do texto". Nesse caso – e não faltam exemplos nesse sentido – até mesmo os textos constitucionais podem soçobrar diante da "plenipotenciaridade" da "consciência do intérprete".[19]

Conclui-se assim, que o limite semântico quando aplicado às normas constitucionais originárias implica em dizer que a norma daquele texto extraída não poderá contradizer expressamente o próprio texto, salvo se houver exceção criada pela própria constituição originariamente. A interpretação não termina no texto, mas este não está simplesmente à disposição do intérprete:

> Por isso, é preciso evitar a seguinte confusão: quando asseveramos que os limites semânticos do texto devem ser respeitados (minimamente), como no caso do problema envolvendo a união de pessoas do mesmo sexo, não se pode concluir de nossa abordagem um inexplicável viés de contenção judicial em benefício de uma estrita exegese, de acordo com a literalidade da norma. Longe disso! Não é possível imaginar que estamos aqui a pregar uma modalidade de laissez-faire hermenêutico. É preciso insistir: dizer que o sentido não está à disposição do intérprete é diferente de dizer que há uma "exegese de estrita literalidade".[20]

Enfatiza-se que sendo o homem sujeito imerso na realidade que o circunda, em determinado momento histórico, é desta conjuntura, desta posição

---

[19] STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e "O Problema da Discricionariedade dos Juízes".** Disponível em: < http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf >. Acesso em: 26 agosto 2014.

[20] STRECK, Lenio Luis. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op. Cit.

no mundo, que retirará os significados do texto. Assim, por mais que não seja possível identificar-se o total de significados, ainda mais em uma sociedade poliglota e multicultural, será viável identificar com razoável facilidade significados que não sejam compatíveis com o texto presente na constituição. Seja pela inversão dos comandos presentes no texto (proibição em permissão ou vice-versa) ou pela utilização desvirtuada(ante) do próprio conteúdo do vocábulo, quando se empresta a ele significado que não é de uso corrente na comunidade política e jurídica.

O filtro que aqui se pretende utilizar é este. Sempre que na interpretação das normas constitucionais originárias se perceber a extração do texto de norma que com ele seja semanticamente incompatível, por tentar acoplar ao texto significado que no momento histórico vivido inexista ou por contrariar expressamente o comando apontado na norma, inexistente exceções originariamente previstas, haverá ao menos grave indício de atividade judicial ativista, sendo esta aquela que desconsidera o papel democrático do Poder Judiciário e interfere no âmbito legislativo, criando direito que não está posto.

O CASO DO DEPUTADO FEDERAL NATAL DONADON E A DECISÃO LIMINAR EXARADA NOS AUTOS DO MS 32326 MC/DF.

Diante da condenação do Deputado Pedro Nadon a pena privativa de liberdade pelo STF, decisão esta com trânsito em julgado, submeteu o Presidente da Câmara dos Deputados ao Plenário da Casa a deliberação sobre a perda do respectivo mandato eletivo.

O Deputado Carlos Henrique Focesi Sampaio impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar contra o ato da Mesa da Câmara dos Deputados, argumentando que a Emenda Constitucional n.º35, de 20.12.2001, ao tornar desnecessária a prévia licença da Casa Legislativa para a instauração de processo penal em face de parlamentar, teria provocado uma mutação constitucional quanto ao sentido e alcance do art.55, VI e §2º da Constituição. Como consequência não mais subsistiria a exigência de deliberação do Plenário

para fins de perda do mandato eletivo de parlamentar condenado definitivamente, e que, portanto, a Mesa deveria ter simplesmente declarado a perda do mandato.[21]

O dispositivo constitucional originário aplicado pela Mesa tinha à época a seguinte redação:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
> VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
> § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.[22]

Constata-se assim, claramente, que a redação do dispositivo constitucional fala em "decisão" da Câmara dos Deputados, e ainda, assegura a ampla defesa, ou seja, não admite a compreensão a partir de sua leitura, de que o dispositivo se refere a mera declaração. O próprio Impetrante reconhece isto quando pleiteia o reconhecimento do fenômeno da mutação constitucional, o que, todavia, fora totalmente desconsiderado no restante da decisão, como se poderá observar.

Quando da análise do mérito, o próprio Ministro afirma se tratar de caso de fácil apreciação, e rotula-o como *easy case*, onde existiria um resultado explícito no ordenamento jurídico. Afirma que o próprio art.55, VI e seu §2º trariam a solução para o problema. Prossegue ainda com a aplicação dos métodos literal, histórico, sistemático e teleológico.

Quanto ao literal conclui que o texto não comporta a interpretação pretendida pelo Impetrante, uma vez que a norma aqui analisada estabelece, de modo taxativo, que no caso de Deputado ou Senador condenado criminalmente por sentença

---

[21] BRASIL. **MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.326 DISTRITO FEDERAL.** Rel. Min. Roberto Barros. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

[22] BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2013.

transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta.[23]

Na análise histórica constata, apesar de relevar a ela menor importância, que os debates que originaram a norma igualmente visavam a efetiva deliberação pela Câmara dos Deputados. Quanto à análise sistemática identifica a ausência de antinomias com outros dispositivos da Constituição de 1988. E, por fim, quando da análise teleológica, conclui que o mecanismo previsto seria uma proteção à exacerbação de um Poder sobre o outro, merecendo interpretação restrita, e sendo descabida a interferência do Poder Judiciário:

> No caso presente, não está em questão um direito fundamental, mas a exacerbação de um mecanismo de interferência de um Poder sobre outro. Nesse domínio, ao contrário, a regra geral há de ser a interpretação estrita, não cabendo ao Judiciário esvaziar as prerrogativas institucionais expressamente conferidas a outro Poder, por discordar de sua inspiração.[24]

O próprio Ministro parece, em seu voto, caminhar para a conclusão, ao sintetizar suas próprias ideias, e criticar o modelo constitucional, proclamando, ainda, a necessidade de autocontenção diante do modelo constitucionamente existente, e das discussões que já tomavam forma no Congresso Nacional para a aprovação de emenda que modificasse o dispositivo constitucional:

> Este imbroglio relativamente à perda de mandato parlamentar, em caso de condenação criminal, deve funcionar como um chamamento ao Legislativo. O sistema constitucional na matéria é muito ruim. Aliás, o Congresso Nacional, atuando como poder constituinte reformador, já discute a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional que torna a perda do mandato automática nas hipóteses de crimes contra a Administração e de crimes graves. Até que isso seja feito, é preciso resistir à tentação de produzir este resultado violando a Constituição. O precedente abriria a porta para um tipo de hegemonia judicial que, em breve espaço de tempo, poderia produzir um curto circuito nas instituições.[25]

---

[23] BRASIL. **MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.326 DISTRITO FEDERAL.** Rel. Min. Roberto Barros. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

[24] Op. Cit.

[25] Op. Cit.

Para a surpresa do leitor, todavia, ao final é aberto novo capítulo na discussão, onde passa o Ministro a divergir do que havia até então argumentativamente construído, raciocínio este que empreende a partir da lei de execução penal. Afirma que segunda esta lei o preso em regime fechado sofreria restrições severas de trabalho externo, sem poder prestá-lo antes do cumprimento do sexto inicial da pena.[26]

Prossegue concluindo que referida limitação não permitiria o comparecimento do deputado às sessões da Casa, referindo-se aos arts. 55, III e 56, II da Constituição de 1988, para concluir que haveria hipótese de absoluta incompatibilidade do cumprimento da pena em regime inicialmente fechado com a exigência constitucional de comparecimento às sessões da Câmara dos Deputados, e que esta não poderia interferir no regime de cumprimento da pena, pelo que a perda do mandato somente poderia ser obrigatória, e logo, meramente declaratório o ato da mesa da Câmara dos Deputados.

Percebe-se, porém, que da leitura dos artigos mencionados da Constituição, especialmente o art.55, III, prevê inclusive a possibilidade de se pensar em uma possível autorização pela Casa, responsável pela não cassação do Deputado submetido ao regime inicialmente fechado, ao definir, que: "III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, **salvo licença ou missão por esta autorizada;". (grifo nosso)**

A interpretação dada pelo Ministro nitidamente contraria o disposto no art.55, VI, §2º da Constituição de 1988, criando hipótese não prevista de exceção à regra constitucional, e, igualmente, ignora a posição do Poder Legislativo enquanto Poder Republicano, interpretando as demais disposições a partir da lei ordinária federal, na hipótese, a lei de execução penal. Extrapola assim, os limites semânticos do texto, quando cria distinção que o texto não prevê, subvertendo seu comando, usando a lei ordinária como inspiração interpretativa, e não o oposto.

---

[26] Op. Cit.

A resposta apontada como correta feriu os limites do texto, elegendo uma exceção com base em uma construção que se funda em direito infraconstitucional, afundando em uma grave margem de discricionariedade permitiu ao intérprete subverter a conquista democrática da escolha constitucional, e sem se desincumbir ao menos do ônus argumentativo de provar que a interpretação melhor se adequaria à noção de unidade constitucional.

Como se afirmou, a decisão sequer analisa com cautela os dispositivos constitucionais mencionados, posicionando-se em toda a primeira e segunda parte da decisão em oposição à conclusão ao final alcançada, e no trecho derradeiro ainda argumenta com sustentáculo em legislação infraconstitucional. A partir do filtro escolhido, não resta dúvida assim, senão apontar a presença de postura ativista.

CONCLUSÃO

Diante da análise realizada, se concluiu que o ativismo é fenômeno que guarda relação com a interferência do Poder Judiciário na esfera democrática de decisões do Poder Legislativo, especialmente quanto à prolação de decisões que por nítido grau de subjetivismo interferem no direito legislado, indo além ou para fora dele, transformando assim questões de princípio em questões de política.

Definiu-se ainda um possível filtro para o diagnóstico de decisões com traços ativistas, sendo elas aquelas que a partir desta noção interpretam normas constitucionais originárias ferindo seus limites semânticos, conforme definidos no trabalho. Sem se propor um filtro único, a ferramenta discutida seria um indicador de posturas ativistas, de forma que sua presença as indicaria, sem que sua ausência significasse a ausência de posturas ativistas.

Por fim se analisa a decisão do Mandado de Segurança 32326 MC/DF, de lavra do Ministro Luis Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, ao proferir liminar no caso do Deputado Natan Donadon, se identificando pelo critério apontado indícios de ativismo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial.** André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

BRASIL. **MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.326 DISTRITO FEDERAL.** Rel. Min. Roberto Barros. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf >. Acesso em: 25 set. 2013.

BRASIL. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADIN nº 815-3 – Distrito Federal**, julgada em 28 de março de 1996, RT 732/147.

BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 25 agosto 2014.

DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luis. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas Constitucionais Inconstitucionais.** Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 25 agosto 2014.

STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e "O Problema da Discricionariedade dos Juízes".** Disponível em: < http://www.animaopet.com.br/primeira _edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf >. Acesso em: 26 agosto 2014.

OS EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DA INJUNÇÃO NO DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL E A POSSÍVEL MANIFESTAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Michelle Marrry M. da Silva
DOI 10.11117/9788565604567.04

Resumo: Em 25.10.2007 O Supremo Tribunal Federal - STF concluiu o julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em todos eles a pretensão era no sentido de ser garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs como solução para a omissão legislativa e utilizando-se do recurso da analogia como forma de integração da norma a aplicação da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve para a iniciativa privada.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Direito de greve. Servidor público civil. Omissão legislativa. Integração da norma. Analogia. Ativismo Judicial.

Abstract: On 25.10.2007 The Supreme Court - STF concluded the trial of three writs of injunction filed respectively by the Union Police Civil Servants of the Holy Spirit - SINDIPOL by the Union of Education Workers of the Municipality of João Pessoa - SINTEM, and the union of Workers of the Judiciary of the State of Pará - SINJEP, in all of them was the claim in order to be guaranteed to its members the exercise of the right to strike under Article 37, section VII of the Constitution. The Court, by majority, met for an injunction and proposed as a solution to the legislative omission and using the resource of analogy as a way of integrating the standard application of Law 7783 of June 28, 1989, which provides for exercising the right to strike to the private sector.

Keywords: Writ of Injunction. Right to strike. Civil servants. Legislative omission. Integration of the norm. Analogy. Judicial activism.

Introdução[27]

No julgamento dos mandados de injunção números 670/ES e 708/DF buscou o STF uma forma de dar efetividade à mencionada ação constitucional. Firme nesse propósito foi que a Corte Constitucional fez prevalecer o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Nele, inicialmente, foram feitas considerações relacionadas à questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução conferida pelo STF na sua forma de efetivação.

Nesse diapasão, destacou-se a necessidade de afastar a orientação inicialmente arraigada no STF no sentido da decisão proferida em sede de mandado de injunção estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica.

Desse modo, o que se pretendeu foi que a Corte Constitucional passasse não assumindo compromisso com o exercício de uma função tipicamente legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário até que o Congresso Nacional viesse a regulamentar a matéria.

Nesse caminho, o voto procurou deixar claro o quadro de omissão crônica que se desenhou dentro do STF nas sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção antecedentes.

Entendeu, então, o STF que diante do quadro apresentado, deveria ser adotada, como alternativa provisória, uma sentença, a qual chamou de aditiva ou modificativa. Para tanto, destacou-se que em relação a esse tipo de sentença sua aceitação, em geral, está direcionada para a integração ou complementação de um regime que tenha sido previamente utilizado pelo legislador.

[27] Tratam especificamente do tema os Informativos nºs 308, 430, 462, 468, 480, 484 e 485, todos do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o STF acabou reconhecendo a necessidade de uma solução constitucionalmente obrigatória, a qual para o caso em questão considerou que deveria ser aplicada aos servidores públicos civis as disposições constantes da lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve para a iniciativa privada.

Considerou, ainda, que ao legislador não é permitido escolher se concede ou não o direito de greve, já que previsto constitucionalmente, cabendo a ele tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, o que até o momento não foi feito.

Assim, o presente artigo pretende discutir os termos das decisões proferidas nos mandados de injunção relacionados ao tema "direito de greve do servidor público civil" e ao final tentar concluir se as mencionadas decisões podem ser taxadas de ativistas.

Fundamentos utilizados nas decisões proferidas nos Mandados de Injunção relacionados ao direito de greve do servidor público civil

Inicialmente cabe destacar quais foram os substratos utilizados nas decisões proferidas nos Mandados de Injunção Nº 670/ES (relator original Min. Maurício Corrêa, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes), Nº 708/DF (relator Ministro Gilmar Mendes) e Nº 712/PA (relator Ministro Eros Grau) todos julgados no pleno do Supremo Tribunal Federal em 25.10.2007.

Nesses termos, podem ser relacionados os seguintes pontos focais:

- O Mandado de Injunção é uma garantia fundamental, que está assegurada constitucionalmente no art. 5º, inciso LXXI;
- O direito de Greve dos servidores públicos civis está salvaguardado no art. 37, inciso VII da Constituição Federal e deve ser visto como hipótese de omissão legislativa inconstitucional, já que até o presente momento não houve publicação da lei ordinária específica necessária para o exercício pleno desse direito constitucionalmente assegurado;

- O plenário do STF por diversas vezes declarou a mora legislativa em relação ao tema e mesmo após as alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 modificando a reserva legal de lei complementar para a lei ordinária específica para tratar do tema nada foi feito, especialmente, pelo Congresso Nacional;
- Caso o STF mais uma vez emitisse pronunciamento no sentido de apenas certificar a mora do Congresso Nacional acabaria correndo o risco de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria em questão;
- No direito comparado observa-se a adoção de forma legítima de alternativas normativas e institucionais na tentativa de superar a situação de omissão, em especial, na Alemanha e Itália, esse argumento foi utilizado para respaldar o entendimento de que não é nada absurdo considerar que o Poder Judiciário possa de forma legítima adotar medidas normativas para superação de omissões inconstitucionais, sem que esse tipo de decisão tenha como resultado a ofensa ao modelo de separação de poderes também consagrado constitucionalmente.

Pois bem, traçadas as premissas básicas precitadas a Corte Suprema conscientizou-se que o momento era de alteração dos paradigmas até então existentes no STF, principalmente, quando se observou a mora legislativa arraigada em relação ao tema e, ainda, todas as ações constitucionais impetradas pelas categorias que ansiavam exercer um direito que lhes é constitucionalmente garantido.

Evolução da observância ao direito de greve dos servidores públicos civis na jurisprudência do STF por meio da garantia fundamental do Mandado de Injunção

Dessume-se analisando a evolução da jurisprudência da Corte constitucional que nos Mandados de Injunção nºs 20/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 585/TO, Relator Ministro Ilmar Galvão e 485/MT, Relator Ministro Maurício Corrêa, todos relacionados à existência, ou não, de omissão legislativa

referente às condições e limites para o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos civis, que o STF acabou firmando o entendimento de que o objeto do Mandado de Injunção abarca a declaração de existência, ou não, de mora por parte do legislativo para edição de norma regulamentadora específica.

Por outro lado, no Mandado de Injunção Nº 631/MS, Relator Ministro Ilmar Galvão, no voto do Ministro Carlos Velloso ventilou-se ser possível a aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina normas para a greve do setor privado (Lei nº 7.783/1989).

Nessa senda, a partir do Mandado de Injunção Nº 107/DF[28], Relator Ministro Moreira Alves (DJ 21.09.1990) passou-se a adotar o entendimento de que o conjunto de poderes institucionais conferidos ao STF o legitima determinar a edição de outras medidas que garantam o direito dos impetrantes, principalmente, em sede mandado de injunção, até a oportuna expedição de normas pelo legislador – Precedentes no intuito de assegurar a proteção judicial: MI nº 283/DF[29], Relator Ministro Sepúlveda Pertence, MI nº 232/RJ[30], Relator

---

[28] MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPONIVEL CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.
(MI-QO 107, Relator: Min. MOREIRA ALVES, julgado em 23/11/1989, publicado em 21/09/1990, Tribunal Pleno)

[29] "[...] 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito."

Ministro Moreira Alves, MI nº 284[31], Relator Ministro Marco Aurélio, MI nº 543/DF[32], Relator Ministro Otávio Gallotti, MI nº 679/DF[33], Relator Ministro Celso de Mello e MI nº 562/DF[34], Relatora Ministra Ellen Gracie.

Destarte, diante de todo o quadro acima descrito resolveu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção Nºs 670/ES, 708/DF e 712/PA:

- Fixar prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria relacionada à interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis em observância, também, à segurança jurídica;
- Definir os parâmetros de competência constitucional para apreciação dos dissídios coletivos no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica sobre o tema (art. 37, inciso VII da Constituição Federal);
- Deferir os Mandados de Injunção Nºs 670/ES, 708/DF e 712/PA para determinar a aplicação das Leis Nºs 7.701/1988 e 7.783/1989, inclusive para os serviços ou atividades consideradas essenciais, os quais na Lei nº 7.783/1989 encontra disciplina do artigo 9º ao artigo 11, com as reservas que devem ser consideradas no caso dos serviços públicos;
- Para os serviços considerados essenciais dispôs que de acordo com o caso concreto deve ser verificada a necessidade de

---

30 "[...] Mandado de Injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida."

31 "[...] Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório. [...]"

32 Mesmo sentido do que decidido no MI N 283/DF.

33 Decisão no sentido de que a falta de lei não impede a entidade beneficente o gozo da imunidade constitucional expressamente reconhecida.

34 Mesmo sentido do que decidido no MI N 283/DF.

> observância ou não a um regime de greve mais severo, portanto, a decisão deixou claro que o regime dos serviços essenciais fixado na lei citada para o caso dos serviços públicos deve ser considerado apenas como exemplificativo, assim, o caso concreto é que irá determinar os limites da aplicação.

Não há como negar o avanço relacionado à matéria da eficácia do Mandado de Injunção, tendo em vista que até o momento do julgamento proferido nos Mandados de Injunção Nºs 670/ES, 708/DF e 712/PA a postura adotada pela Corte foi no sentido de declarar a mora legislativa, apenas, todavia, três questões merecem resposta: Será que ao tomar esse tipo de decisão o STF adotou uma postura ativista? Digo, a Corte substituiu o Congresso Nacional e regulou a matéria que a ele caberia enquanto Poder Legislativo? Existem limites a serem impostos para esse tipo de decisão?

Os paradigmas constitucionais de Estado

É importante tomar como primeiro ponto para discussão as alterações sofridas pelo Estado, posto que será a partir do entendimento da evolução ocorrida em cada uma delas que pode-se chegar à conclusão sobre o formato adotado para a efetivação dos direitos fundamentais por parte do Estado.

Com isso, podem-se considerar como paradigmas constitucionais de Estado:

1) o Estado de Direito, que surge quando a sociedade começa a entender que "todos os homens são livres, iguais e proprietários", logo, a ideia de liberdade passa a ser implantada, mas, liberdade era no sentido de fazer tudo aquilo que a lei não proíba e passa a estar ligada, também, à propriedade (era uma sociedade que entendia que todos os membros que dela faziam parte são proprietários pelo menos de si próprio). Existia a compreensão de que todos deveriam ser iguais perante a lei, sendo proprietários e, portanto, sujeitos de direito, ou seja, a igualdade formal passa a existir. O público e o privado eram vistos como ordens distintas e a invenção da Constituição possibilitou a visão de

que o direito e a política se complementam, mas a noção de que um Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade para os indivíduos seguindo a sociedade um curso livre resultou na necessidade de repensar o Estado. Esses direitos foram denominados de primeira geração;

2) O constitucionalismo social, ou paradigma do Estado Social ou de Bem-Estar Social, o qual redefiniu ou, pelo menos, buscou redefinir os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, nesse sentido, passa-se a reconhecer por meio das leis que existem diferenças materiais entre as pessoas e como essas diferenças existem busca-se proteger o lado mais fraco da relação. A noção de propriedade agora não é mais vista como sendo um direito absoluto, mas condicionado ao cumprimento da sua função social. O público passa a ser visto como estatal, portanto, o Estado deve proporcionar o direito de acesso à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, à previdência, aos direitos sociais e coletivos como um todo. A cidadania acaba não sendo gerada por esse tipo estatal, pois ela passa a necessitar de uma materialização maior que acaba não sendo alcançada, pois os direitos sociais garantidos, agora, constitucionalmente, devem definir políticas destinadas à sociedade. Esses direitos foram denominados de segunda geração;

3) Estado Democrático de Direito. No constitucionalismo adequado novos tipos de direitos são apresentados. São os direitos de última ou terceira geração, como o direito ambiental, o direito ao patrimônio histórico, o direito do consumidor, os quais apresentam a proteção jurídica de interesses difusos. O público deixa de ser visto como exclusivamente estatal e o privado não é visto mais como egoísmo. A sociedade civil passa a ter que lutar por esses direitos e a zelar pela a eficácia diante da ação ou omissão contraventora do Estado.

De fato, o que se observa da descrição de cada paradigma de Estado é que as Constituições irão refletir os ideais de cada paradigma constitucional e suas rupturas de Estado, assim, os direitos que cada Constituição irá prever estarão intrinsicamente ligados à configuração adotada por cada paradigma, desse modo, também, a interpretação das normas, principalmente, passa a ser feita de acordo com o paradigma constitucional adotado.

Quanto ao perfil das constituições pode-se dizer que no Estado Liberal por ter sido consagrada uma sociedade "despolitizada" a constituição procurou limitar a atuação estatal às funções de garantia da ordem social, defesa externa e administração da justiça. A constituição tinha o papel de conformar o poder político e garantir a ampla liberdade da sociedade.

Destarte, a busca era por um documento formal, escrito e rígido que trouxesse ao mesmo tempo limitação ao poder político e os princípios que fundamentariam a sociedade.

Existia uma positivação de matérias relativas à disciplina e à limitação do político na sociedade e à enunciação de direitos individuais.

No Estado Social passa-se a incorporar ao texto constitucional a regulação da intervenção e da direção estatal sobre a economia, e gradativamente os direitos fundamentais foram sendo ampliados.

A constituição no Estado Democrático de Direito é um ordenamento complexo com a presença de regras e princípios, com espécies normativas aplicáveis à vida dos indivíduos e do Estado.

A participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões passa a ser a regra (requisitos de legitimação da atuação estatal), por meio de audiências públicas, direito de petição em processo administrativo, acesso a documentos, certidões e informações de órgãos e entes públicos, o cidadão passa a participar da fixação de políticas públicas e do processo de elaboração das leis (plebiscito e referendum), como forma de controlar judicialmente a Administração Pública amplia-se as ações coletivas.

É o período onde existe amplo acesso à informação e relevância das contribuições da sociedade para a determinação das decisões fundamentais.

Conforme o que foi até aqui exposto pode-se concluir nesse ponto que vivemos atualmente em um Estado Democrático de Direito, portanto, um dos requisitos para a legitimação da atuação estatal é a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões pelo Estado. É um Estado no qual se observa a participação do cidadão no processo de elaboração das leis, o que se dá, por

exemplo, por meio do plebiscito, logo, não há como desconsiderar o fato de que a sociedade nesse formato de Estado deve contribuir para a tomada das decisões consideradas fundamentais.

Critérios para aplicabilidade das normas constitucionais

Considera-se, também, relevante para a discussão do tema em questão dispor sobre os critérios utilizados para aplicabilidade das normas constitucionais.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco[35] as normas de eficácia plena, contida e limitada podem ser definidas nos seguintes termos:

> Normas de eficácia plena são as idôneas para produzir todos os efeitos previstos, isto é, podem disciplinar de pronto as relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários. Correspondem aos casos de norma autoexecutável. A essa categoria são muitas vezes assimilados os preceitos que contêm proibições, que conferem isenções e os que estipulam prerrogativas.
> [...]
> As normas de eficácia contida são também autoexecutáveis e estão aptas para produzir plenos efeitos no mundo das relações. São destacadas da classe de normas de eficácia plena pela só circunstância de poderem ser restringidas, na sua abrangência, por deliberação do legislador infraconstitucional.
> [...]
> O terceiro grupo de normas constitucionais compõem a classe das normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida). Estas somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo, a cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa.

Seguindo a classificação acima desenhada o direito presente no art. 37, inciso VII, da Constituição da República deve ser considerado como sendo uma norma de eficácia limitada, portanto, para que esse tipo de norma venha a

---

[35] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: Saraiva. 2013. P. 69-70.

produzir seus efeitos de forma plena necessário se faz a participação do legislador infraconstitucional, a qual até o momento não ocorreu.

As distintas funções do Estado

Outro ponto a ser levado em consideração na presente questão é o relacionado às distintas funções desempenhadas pelo Estado.

Sobre o tema funções (poderes/atividades) desempenhadas pelo Estado tem-se no que se refere à **função administrativa** que será ela que irá aplicar a legislação ao caso concreto, no qual a Administração seria uma das partes interessadas, enquanto responsável pela tutela do interesse público.

Destarte, relacionada à **função judicial** tem-se como pressuposto para que ela se manifeste a existência de um conflito de interesses para que o Estado-juiz possa atuar como um terceiro imparcial e inerte (isso se deve ao fato de sua atuação ser apenas após a provocação daqueles que tiverem interesse no conflito), o qual irá dizer que direito deverá ser aplicado ao caso concreto.

Quanto à **função legislativa** está relacionada à "fixação em lei, da vontade dos representantes do povo, prescrevendo comandos jurídicos em termos gerais e abstratos, aplicáveis a todos os cidadãos de uma determinada comunidade política."[36]

Nesse diapasão, o que se nota é que para cada poder (estruturas orgânicas distintas e separadas, no âmbito do Estado) foi relacionada uma função pública.

Assim, ao Poder Executivo foi dado o exercício das funções administrativas e de governo, ao Poder Legislativo a função legislativa e ao Poder Judiciário a função judicial.

[36]ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito**.P. 20-21. Texto adotado no curso de pós-graduação à distância da Universidade de Brasília em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

Entretanto, o exercício das funções acima relacionadas pode se dar de forma típica e atípica (não exclusiva) por cada poder, visto que, também, os poderes Legislativo e Judiciário, por exemplo, exercem a função administrativa (o legislativo quando define sua organização, prover cargos, concede licença, férias etc. para seus servidores e o judiciário quando concede férias, licença para os magistrados e serventuários, prove cargos de magistrados, entre outras de acordo com o disposto no art. 96, I, b, c, d e f da CF).

Também o executivo vai exercer a função legislativa quando edita Medidas Provisórias e as Leis Delegadas (arts. 62 e 68 da CF), e a função jurisdicional quando estiver no exercício do contencioso administrativo.

O legislativo passa a exercer a função jurisdicional quando o Senado faz o julgamento dos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II da CF).

Por fim, o judiciário irá exercer a função legislativa quando elabora o regimento interno de cada um dos tribunais (art. 96, I, a da CF).

Ademais, o Poder Legislativo também acaba por participar da função de governo quando fixa atos legislativos, tais como: Lei do Plano Plurianual, LDO e LOA.

Lembrando que os Tribunais de Contas e Ministérios Públicos se encontram fora dos demais poderes, mas, nem por isso deixam, por exemplo, de exercer a função administrativa.

Por outro lado, para evitar o exercício desmesurado e descontrolado pelas funções de Estado foi criado o mecanismo do *checks and balances* (direito constitucional americano), ou seja, uma forma de um poder interferir sobre o outro para evitar o exercício desmesurado e descontrolado referido.

Nessa senda, o Poder Executivo, interfere na atividade legislativa pelos institutos da sanção e do veto (art. 66 da Constituição Federal) e na atividade judicante por meio da indicação e da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores também (art. 84, inc. XIV, da Constituição Federal).

Já o Poder Legislativo é quem irá deter poderes de investigação (CPIs) e análise dos aspectos financeiros e orçamentários.

Por fim, o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Ante o exposto, nota-se que cada vez mais surge a necessidade de especialização dos campos do conhecimento.

De fato, o que se observa no legislativo é que ter em sua composição mandatários eleitos e não especialistas, pode resultar em um despreparo técnico por parte desse órgão.

Ademais, pode-se dizer que a estrutura colegial do Legislativo e todo o percurso que ao qual o processo legislativo deve ser submetido ocasionam mesmo uma demora na tomada de decisão necessária.

Todavia, não é por conta dos fatos acima e da sobrecarga observada no legislativo, principalmente, por conta da velocidade dos eventos que impactam a tomada de decisões políticas, os quais demandam respostas imediatas do Estado que estará autorizado a um poder exercer, sem autorização do poder competente para tanto, a função primária do outro.

Contrastes entre os regimes estatutário e celetista

A decisão pela adoção da lei greve aplicada no âmbito privado aos servidores públicos civis também passa pela necessária verificação dos regimes a que eles estão submetidos.

Uma característica verificável no regime estatutário é a ausência de vínculo contratual entre as partes que dele fazem parte, isto é, não existe relação contratual entre o servidor público estatutário e o Poder Público, exatamente, em decorrência da falta de natureza contratual no regime estatutário a doutrina pátria vai definir o vínculo entre o servidor público estatutário e a pessoa federativa que ele estiver vinculado como sendo um vínculo jurídico-administrativo.

Releva destacar, ainda, que a competência para o julgamento de eventuais conflitos envolvendo os servidores públicos e da entidade pública a que o servidor estiver vinculado funcionalmente.

Quanto ao tema, o art. 114, inciso I, da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004) declara expressamente que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Realizando uma interpretação literal do dispositivo supramencionado o resultado seria no sentido de que estariam abrangidas pela competência material da Justiça do Trabalho, não apenas as relações de trabalho decorrentes de contratos de emprego, mas também as do vínculo estatutário.

Todavia, como bem destacado por Barros (2013, p. 420):

> [...] em 27 de janeiro de 2005, o Min. Nelson Jobim concedeu liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3395/6-DF, para suspender qualquer interpretação ao referido inciso I, do art. 114 da Constituição, que inclua na competência da Justiça do Trabalho as causas entre o Poder Público e seus servidores a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico administrativo.

Relacionado ao regime jurídico celetista - previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43) – pode-se dizer que é aquele aplicável genericamente às relações jurídicas trabalhistas entre empregadores e empregados (incluídos os empregados públicos).

De acordo com Carvalho Filho (2010) o regime celetista também possui características próprias, que se antagonizam com as do regime estatutário.

O regime celetista se caracteriza pela unicidade normativa, tendo em vista que a Consolidação das Leis do Trabalho concentra a integralidade das normas que regulam as relações trabalhistas por ela regidas. Outra característica desse tipo de regime se refere a natureza da relação jurídica entre empregado e

empregador, nesse tipo de relação observa-se o cunho marcadamente contratual, diversamente do que ocorre com o regime estatutário. Não contratual, portanto.

A Analogia utilizada como forma de integração do direito

Uma vez verificada a existência de lacuna na norma pela falta de uma lei adequada ao caso, cabe ao juiz produzir uma norma sentencial a partir de outras fontes e resolver o conflito, a esse movimento pode-se dizer que o juiz estará integrando o direito.

O preenchimento de lacunas da legislação de acordo com o disposto no art. 4º da Lei de introdução ao código civil determina que o juiz, quando a lei não se pronunciar sobre um fato, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Ainda, o artigo 126 do Código de Processo Civil é ainda mais específico, dispondo que o juiz:

1.Deve julgar os conflitos conforme a legislação;

2.Caso falte uma lei ou ela seja obscura, deve sentenciar do mesmo modo;

3.Não havendo uma lei que trate da situação a ele posta (e constatada a lacuna), deve recorrer aos mecanismos de preenchimento da lacuna e julgar conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Para Noberto Bobbio[37]:

> Entende-se por analogia aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante [...] A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um dado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a tendência de todo o sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados.

[37] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 291.

Nota-se que o cerne da questão quando se faz a integração da norma utilizando-se do recurso da analogia é a observação da semelhança que deve haver entre o caso não-regulado e o caso regulado, logo, fica a indagação: Quando existem diferenças substancias entre o regime estatutário e o celetista a norma aplicada a um poderia ser aplicada ao outro?

Sobre o ativismo Judicial posições favoráveis e contrárias

Relativamente às posições desfavoráveis ao ativismo judicial Lenio Streck[38] quando discorreu sobre a temática no caso do julgamento das relações homoafetivas fez considerações importantes no sentido de que:

> Certamente, o que temos de modo substancial sobre o tema são as experiências oriundas dos Estados Unidos e da Alemanha. No contexto norteamericano, como nos lembra Christopher Wolfe, em seu *The rise of modern Judicial Review*, o ativismo judicial pôde nomear desde as posturas conservadoras que perpetuaram a segregação racial e impediram as transformações econômicas que o *new deal* de Rooselvet tentava operar na primeira metade do século 20, até as posturas tidas como progressistas ou liberais da *Corte de Warren* na década de 1960. Na Alemanha, como já afirmamos, a atividade do Tribunal Constitucional Federal, também chegou a ser classificada por alguns autores como ativismo judicial, originando a corrente chamada *jurisprudência dos valores* (de se ressaltar que é exatamente a jurisprudência da valoração que será duramente criticada por Habermas, que a enquadrará como uma postura do poder judiciário que coloniza o espaço público e impede a tomada de decisões pela via democrática).
> Em todos estes casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a "bondade" ou a "maldade" de um determinado *ativismo judicial*. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela "vontade de poder" (*Wille zur Macht)* do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. Ou vamos admitir que o direito — produzido democraticamente — possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?
> Em outras palavras, a (in)segurança jurídica mostra-se ofendida, não por deixar sem regulamentação legal a

[38] STRECK, LENIO LUIZ.VICENTE DE PAULO BARRETTO E RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA. ARTIGO PUBLICADO NO CONSULTOR JURÍDICO SOB O TÍTULO "NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS."

> convivência entre pessoas do mesmo sexo, mas sim no momento em que a Corte altera, a pretexto de um "esquecimento do constituinte" (sic) ou de uma "descoberta valorativa" (sic), ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma "inconstitucionalidade da própria Constituição" (sic), o texto da Constituição como se Poder constituinte fosse, gerando um tipo de mal-estar institucional gravíssimo. (grifos nosso)

Seguindo a corrente das posições desfavoráveis ao ativismo judicial Elival da Silva Ramos citado pelo professor Paulo Gonet Branco[39] destaca que é "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)".[40] E, ainda, "ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa", tratnado-se da "descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes".[41]

Fazendo um contraponto e apresentado uma posição favorável o professor Paulo Gonet dispôs:

> Tanto os que criticam, como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que a ação considerada revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes.
>
> Se os direitos fundamentais vinculam e dirigem as ações do Poder Judiciário, cuja proteção lhe define a razão de ser, não deve surpreender que, para assegurar a plena vigência desses direitos, o Tribunal, provocado por instrumentos criados pela Constituição, exerça, por exemplo, jurisdição superadora da omissão de outros poderes. Se a inação dos outros poderes é

---

[39] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Artigo intitulado: "Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial". publicado em André Fellet et alii (orgs) **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

[40] Elival da Silva Ramos. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

[41] id., pp. 116-117.

> reprovável por frustrar um direito constitucional que lhes cabia viabilizar, e se cabe ao STF proteger esses mesmos direitos, não será destoante da sua missão encontrar soluções, inspiradas na analogia até, que lhes assegurem a eficácia devida.

Considerações Finais

No MI Nº 712/PA foi disposto que "o Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico." Fica o questionamento final: a quem é dada a função constitucional de fazer publicar a norma regulamentadora necessária para a integração do direito ao ordenamento jurídico?

Outrossim, certo é que as normas podem até ter lacunas, mas elas não podem impedir o exercício dos direitos. Reforça essa afirmação o que disposto no art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, visto que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata.

Portanto, se a Constituição coloca como vontade o fato de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata, caso, venha a se apresentar lacuna em alguma delas deve o aplicador do direito levando em consideração toda a dinâmica social e todos os processos de consolidação dos direitos fundamentais preenchê-la.

No entanto, o cerne está em saber qual o limite do aplicador do direito quando ele se vê diante da necessidade de preencher uma lacuna existente na lei. Será que a aplicação da lei de greve aplicada no âmbito da iniciativa privada foi a melhor saída para a questão? Os servidores afetados por ela ficaram contentes com essa decisão? Eles puderam se manifestar?

Fato é que hoje o que se vê é uma crescente anulação da greve pelos servidores públicos, principalmente, por conta do corte de seus salários, o que inegavelmente resulta na negação do direito de greve.

Fiquemos aqui com John Ely Hart (Democracia e Desconfiança – Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade):

“O interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição e essa foi avaliada e ratificada pelo povo esses valores vêm do povo. O povo controla a si mesmo através da Constituição.”

> Problema central do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam.

Referências Bibliográficas

- Informativos nºs 308, 430, 462, 468, 480, 484 e 485, todos do Supremo Tribunal Federal.

- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Editora: Saraiva. 2013.

- ACUNHA, Fernando José Gonçalves. A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito. Texto adotado no curso de pós-graduação à distância da Universidade de Brasília em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

- BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes,2008.

- STRECK, LENIO LUIZ.VICENTE DE PAULO BARRETTO E RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA. ARTIGO PUBLICADO NO CONSULTOR JURÍDICO SOB O TÍTULO “NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS.”

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Artigo intitulado: “Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial”. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011.

- FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Editora: Lumen Juris.

- ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Editora: Martins Fontes. São Paulo. 2010

DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO FORMAL: A OMISSÃO ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENO DA ADI Nº 4.425/DF

Victor Aguiar Jardim de Amorim
DOI 10.11117/9788565604567.04

RESUMO: O presente artigo tem por propósito empreender uma análise a respeito dos fundamentos e premissas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao controle jurisdicional de normas procedimentais concernentes ao processo de produção normativa abrigadas nos regimentos internos das Casas Legislativas. Ao desenvolver a chamada "teoria dos atos *interna corporis*", a Suprema Corte acaba por desjudicializar e privatizar o processo legislativo, o que representa uma postura nociva face ao modelo do Estado Democrático de Direito formatado na Constituição. Para tanto, foi realizado um estudo de caso concernente ao julgamento da ADI nº 4.425/DF, em que foi afastada a alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 por não observância de interstício mínimo entre os dois turnos de votação, conforme previsto em Regimento Interno do Senado Federal. Ao desjudicializar o processo legislativo, o Supremo Tribunal afronta o programa constitucional do Estado Democrático de Direito, deixando de lado a sua função contramajoritária de garantir os direitos de participação política das minorias em face das maiorias e, assim, assegurar a consolidação de um regime verdadeiramente democrático. Tal postura omissa constitui, por vias tortas, uma espécie de "ativismo judicial", porquanto a ausência de atuação corretiva transparece a chancela, por parte do Judiciário, dos atos do Poder Legislativo atentatórios à dimensão substancial da democracia deliberativa em sede do processo de formação de atos normativos.

PALAVRAS CHAVE: Democracia. Separação de Poderes. Processo Legislativo. Controle de Constitucionalidade. Ativismo. Atos *interna corporis*. Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por propósito empreender uma análise dos fundamentos e premissas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em

sede do controle jurisdicional de normas procedimentais concernentes ao processo de produção normativa abrigadas nos regimentos internos das Casas Legislativas.

Para atingir tal intento, a formulação da chamada "teoria dos atos *interna corporis*", delineada pela jurisprudência da Corte Suprema desde a década de 1950, será objeto de estudo, a fim de que sejam apresentados os seus fundamentos e premissas básicas. Ademais, o entendimento pretoriano sobre o controle do processo legislativo será analisado, sob o viés prático, a partir de estudo de caso relativo ao julgamento da ADI nº 4.425/DF.

Uma vez realizada a sua delimitação metodológica, os efeitos da doutrina dos atos *interna corporis* no modelo do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República serão analisados sob a perspectiva da Teoria Discursiva da Democracia e do Direito desenvolvida por Jürgen Habermas em sua obra "*Direito e democracia: entre facticidade e validade*".

Nesse desiderato, buscar-se-á estabelecer uma relação entre o processo legislativo e a legitimidade do direito, de modo que a avaliação dos atos e do procedimento observado para a formação de uma norma permitirá a conclusão pela legitimidade ou não do "direito". Em outras palavras, só haverá legitimidade quando for efetiva a participação dos cidadãos no processo político, uma vez asseguradas as condições comunicacionais aptas a viabilizar a participação de todos os segmentos políticos envolvidos no processo.

1. A TEORIA DOS ATOS *INTERNA CORPORIS* E OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da Constituição Federal promulgada em 1988, paulatinamente, foi consolidando o entendimento no sentido da impossibilidade do controle jurisdicional de normas procedimentais concernentes ao processo de produção normativa abrigadas nos regimentos internos das Casas Legislativas.

Para a Corte Suprema, os problemas advindos da observância das normas regimentais deveriam ser solucionados no âmbito do próprio Poder Legislativo, porquanto tratar-se-iam de matéria *interna corporis*. Nesse sentido, o Judiciário só estaria legitimado a averiguar o cumprimento das disposições procedimentais de índole constitucional, ou seja, apenas e tão somente quando houver desrespeito às normas do processo legislativo contidas, de modo expresso, na Constituição Federal[42].

A identificação e delimitação metodológica da chamada "teoria dos atos *interna corporis*" se faz possível a partir da casuística da produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no contexto das situações em que se admite o controle preventivo de constitucionalidade por desrespeito ao devido processo legislativo, sendo a impugnação instrumentalizada pela via do mandado de segurança[43].

Aponta Leonardo Augusto de Andrade Barbosa que a premissa geral da chamada "teoria dos atos *interna corporis*" foi fixada a partir do julgamento do MS nº 1.423/DF, em 1951, segundo a qual "*se os argumentos articulados para impugnar ato exarado no exercício de uma atribuição legítima do Legislativo dizem respeito apenas a 'aspectos de conveniência, oportunidade ou acerto', não cabe ao Judiciário apreciar a questão*"[44]. Contudo, no referido julgado, não foi examinada, de forma direta, as consequências jurídicas da violação de normas regimentais[45].

---

[42] Cf. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 162-163.

[43] "*1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é "a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo" (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que* ***o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não***" (grifou-se). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n.32.033/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 18/02/2014).

[44] Idem, ibidem.

[45] Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 162.

Por sua vez, na década de 1980, foi sendo firmado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento a respeito de que a interpretação de normas regimentais é atividade *interna corporis*[46].

De acordo com a construção pretoriana, é o mandado de segurança a via processual adequada para a impugnação do trâmite do processo legislativo, "*tendo em vista o direito líquido e certo que toca a cada parlamentar de participar de um procedimento de elaboração normativa marcado pela lisura e observância das normas que o disciplinam*"[47]. Com efeito, conforme célebre formulação do próprio STF[48], são os parlamentares que detêm legitimidade ativa para o ajuizamento do *mandamus*, dada a qualidade de detentores de direito público subjetivo ao devido processo legislativo[49].

> ... prevalece, na visão do Supremo Tribunal Federal, uma concepção desjuridicizante do processo legislativo, o qual é praticamente reduzido a sua dimensão exclusivamente político-deliberativa. A preocupação quanto à regularidade do procedimento normativo só se faz presente em face de impugnação de normas procedimentais diretamente constitucionais. No que concerne às disposições regimentais, não cabe o controle judicial, por se tratar de normas interna corporis, cuja exegese é privativa do Parlamento. Há, pois, uma concepção excessivamente alargada de norma interna corporis.
> A essa concepção desjuridicizante do processo legislativo, soma-se um acentuado formalismo na definição do critério para se determinar a possibilidade de controle jurisdicional, qual seja o critério da mera localização da norma objeto de impugnação: se se tratar de disposição regimental, a exegese é privativa do

---

[46] Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: MS nº 20.247/DF (Relator Min. Moreira Alves, DJ 21/11/1980), MS nº 20.464/DF (Relator Min. Soares Muñoz, DJ 07/12/1984) e MS nº 20.471/DF (Relator Min. Francisco Rezek, DJ 22/02/1985).

[47] BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 102.

[48] O *leading case* de tal concepção trata-se do MS nº 20.257/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves. No julgamento do MS nº 21.303-AgR/DF (Relator Min. Octavio Gallotti, DJ 02/08/1991), o STF julgou improcedente mandado de segurança impetrado por "*cidadão brasileiro, contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados tendente a possibilitar a adoção da pena de morte, mediante consulta plebiscitária*" em razão da "*falta de legitimidade ativa do Requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa*".

[49] "*O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas*" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n.24.642/DF. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ de 18/06/2004, p. 45).

> Parlamento; caso seja disposição constitucional, tem lugar o controle pelo Judiciário.[50]

A partir de tais considerações, é possível constatar que a "doutrina" dos atos *interna corporis* desenvolvida pelo STF tem por sustentação básica a teoria clássica da separação dos Poderes, de modo que seria vedado ao Judiciário imiscuir-se nas questões privativas do Legislativo. E é em tal aspecto que subjaz uma premissa de "privatização" do processo legislativo, porquanto as normas regimentais e as práticas procedimentais não decorrentes diretamente do texto constitucional ficam imunes à crítica judiciária, ficando enquadradas nos limites institucionais do Poder Legislativo e, assim, à conveniência e discricionariedade política absoluta do Parlamento.

A "privatização" do processo legislativo com a chancela do STF fica ainda mais latente diante da restrição de legitimidade para ajuizamento de mandado de segurança aos parlamentares. Afinal, ao conferir a titularidade de impugnação do processo legislativo apenas aos parlamentares, estar-se-á possibilitando que o exercício do direito público subjetivo seja utilizado como instrumento de barganha diante da conjuntura do jogo político-partidário no âmbito das Casas Legislativas.

> ... colocada, nesses termos, pelo Supremo Tribunal, a questão acerca da irregularidade e da inconstitucionalidade da tramitação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda constitucional acabaria sendo reduzida a um interesse particular e exclusivo dos deputados e senadores, enquanto "condições para exercício de sua [sic] atividade parlamentar", e jamais referida à produção da lei como afeta à cidadania em geral.
>
> (...)
>
> No Brasil, essas posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, competente para controlar a constitucionalidade da atuação (e da não-atuação) dos órgãos de cúpula do Estado, revelada por um entendimento jurisprudencial inadequado ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, têm levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também objetiva, ao surgimento de verdadeiras *ilhas corporativas de discricionariedade*, o que estará resultando

[50] BERNARDES JÚNIOR, ob. cit., p. 108.

> numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político.[51] (grifo no original)

Após as reflexões preliminares, no próximo tópico será apresentado um estudo de caso que servirá como base para as críticas à dogmática dos atos *interna corporis* e, ainda, como fundamentação de conclusão a respeito da nocividade da postura de desjudicialização e "privatização" do processo legislativo face ao modelo do Estado Democrático de Direito formatado na Constituição da República.

2. O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.425/DF

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) buscou a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62, promulgada em 09 de dezembro de 2009, que implicou na inserção dos §§9º ao 12 no art. 100 da Constituição Federal e do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Dentre as alegações formuladas, a dita Confederação pleiteou o reconhecimento de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 por não ter sido observado rito previsto no art. 60, §2º, da Constituição da República, que exige a discussão e votação de proposta de emenda constitucional, em cada Casa Legislativa, em dois turnos. No caso, houve claro desrespeito à regra instituída no art. 362 do Regimento Interno do Senado Federal[52] que preconiza um interstício mínimo de cinco dias entre cada turno de votação.

Com efeito, na oportunidade de tramitação da Proposta de Emenda nº 12-A/2006 no Senado Federal, a votação em dois diferentes turnos deu-se mediante a realização de duas sessões realizadas no mesmo dia 02 de dezembro de 2009,

---

[51] CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 49-51.

[52] Art. 362. O interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco dias úteis.

com menos de uma hora de intervalo entre ambas. A observância do interstício mínimo de cinco dias foi afastada a partir da aprovação de requerimento de dispensa pela unanimidade dos líderes[53].

Em parecer subscrito por Roberto Monteiro Gurgel Santos e Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se[54] pelo acolhimento da alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009, uma vez que, *in verbis*:

> ... quando as duas votações de emenda constitucional são realizadas no mesmo dia, o que se verifica não é simples ofensa a preceito regimental, mas verdadeira fraude à Constituição: cumpre-se aparentemente a sua letra, mas ofende-se ao seu espírito, já que a ausência de qualquer lapso temporal entre cada turno frustra completamente o objetivo de viabilizar uma maior reflexão e debate pelos parlamentares, antes da decisão definitiva sobre um tema tão relevante.

Para o Ministério Público, a previsão de votação em dois turnos contida no §2º do art. 62 da Carta Magna tem por clara finalidade assegurar uma profunda discussão e meditação dos parlamentares para alteração do texto constitucional, sendo pertinente a existência de um razoável intervalo entre os turnos.

Valendo da proposta de Jürgen Habermas, destaca o *parquet* que o interstício entre os turnos de votação trata-se de um expediente que serve à ideia de democracia deliberativa. "*Esta parte da premissa que a democracia não se esgota no respeito à regra da maioria, mas se assenta na busca, através do diálogo, de respostas adequadas e justas para os problemas sociais*".

Prosseguindo no julgamento, o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, sensibiliza-se com o argumento da inconstitucionalidade formal da EC nº 62 por

---

53 Trata-se do Requerimento nº 1.600, de 2009, que teve por fundamento o art. 412, III, do RISF. Tal dispositivo, cuja redação foi estabelecida pela Resolução nº 35/2006, estabelece um inusitado procedimento de alteração do Regimento Interno a partir de acordo de líderes. Assim, torna-se possível que o acordo de liderança prevaleça contra normal regimental, o que evidencia a privatização do processo legislativo, subordinando-o ao corporativismo do jogo político-partidário.

54 A bem da verdade, a PGR, na manifestação apresentada nos autos da ADI nº 4.425/DF, datada de 30/09/2010, limitou-se a requerer a juntada do parecer ministerial constante da ADI nº 4.357/DF dada a similaridade dos argumentos delineados nas duas ações.

compreender que a votação da Proposta de Emenda nº 12-A/2006 deu-se de forma meramente simbólica.

> O artifício de abrir e encerrar, nu'a mesma noite, sucessivas sessões deliberativas não atende à exigência constitucional da realização de uma segunda rodada de discussão e votação, precedida de razoável intervalo até para a serenização de ânimos eventualmente exacerbados, ao lado de amadurecimento das ideias. Segundo turno que, não se limitando a uma nova e imediata votação, implica a necessidade de um tão renovado quanto amplo debate da proposta de emenda à Constituição, volto a dizer. O que demanda o encarecido espaçamento temporal, ora maior, ora menor, mas nunca num mesmo dia, ou no curso de uma única noite e, pior ainda, de mecânicos sessenta minutos.
> (...)
> Seja como for, a pretensa segunda rodada de discussão e votação da emenda sub judice implicou um tipo de arremedo procedimental que não tem como escapar à pecha de fraude à vontade objetiva da Constituição".

Não obstante dos contundentes argumentos delineados no voto do Relator Ayres Britto, os Ministros que o sucederam na análise da ADI nº 4.425/DF afastaram a ocorrência de inconstitucionalidade formal da EC nº 62 por entenderem, em síntese, não haver afronta direta ao §2º do art. 60 da Constituição de cujo o texto não se depreende a existência de um lapso temporal entre os dois turnos de votação[55].

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux defende a tese de que a inexistência de expressa menção a necessidade de interstício mínimo entre os turnos constitui "silêncio eloquente" da Constituição da República que, em outros pontos do texto fundamental, notadamente nos artigos 29[56] e 32[57], faz expressa alusão ao lapso

---

[55] Em aditamento de voto sobre a inconstitucionalidade formal, destacou o Ministro Dias Toffoli: "*quando se exigem os dois turnos, isso não implica maturação, implica uma realidade material de se votar duas vezes. Simples assim. No caso específico, houve, em razão do que dispõe o regimento do Senado - o qual prevê o interstício -, a aprovação de requerimento dispensando o interstício pela unanimidade dos líderes. Eu não concebo, da leitura da Constituição, a ideia de que, quando se exigem os dois turnos, se exige uma maturação. Exige-se votação duas vezes, uma confirmação da votação. É o que houve, é o que basta, e não prevê prazo a Constituição, como destacou o voto divergente*".

[56] "Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, **votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias**, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará,

temporal mínimo de dez dias entre os turnos de votação de lei orgânica dos Municípios e do Distrito Federal.

> Com efeito, não cuidou o constituinte de desde logo aludir a um interstício, de modo a explicitar um espaço de tempo que servisse de parâmetro objetivo para o exame do grau de solidez da vontade política de reformar a Constituição. Poderia tê-lo feito, evidentemente, mas não o fez. Mais do que isso: não só poderia fazê-lo como de fato o fez de modo expresso, categórico e inequívoco com relação a duas outras hipóteses de processos legislativos especiais, e que guardam estrita sintonia com a hipótese agora examinada.
> (...)
> Este cotejo entre as normas da própria Constituição de 1988 revela dois aspectos de inegável repercussão para a solução do presente caso. Em primeiro lugar, percebe-se que o constituinte atribuiu sentidos diversos às expressões "dois turnos" e "interstício mínimo", afastando uma possível relação de continência necessária entre aquela e esta. Em outras palavras, não é possível que se interprete a expressão "dois turnos", mesmo sob o ângulo lógico ou teleológico, de modo a conter também implicitamente a referência a um interregno temporal mínimo entre as duas deliberações, pois ambas as expressões foram previstas de forma expressa quando pretendeu o constituinte originário a conjugação dos dois institutos no processo legislativo.
> (...)
> Ora, simplesmente não há qualquer indeterminação na definição do sentido e do alcance de tal cláusula, que somente exige a realização de duas etapas de discussão e de votação de proposta de Emenda à Constituição. E, do ponto de vista objetivo, tal exigência foi de fato satisfeita na aprovação da EC nº 62/09 no Senado Federal, ainda que realizados os dois turnos de modo sucessivo no mesmo dia, porquanto, a rigor, o único controle que se faria possível de ser realizado judicialmente diz respeito à hipótese de proclamarem-se duas supostas votações e debates realizados em um mesmo e único momento incindível no tempo, quando então, por absoluta impossibilidade prática, os dois turnos exigidos constitucionalmente se transmudariam em um único turno – inválido e inconstitucional, reconheça-se. Mas não é disso que se trata, como visto.
> (...)

---

atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos". (grifou-se)

[57] "Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger- se-á por lei orgânica, **votada em dois turnos <u>com interstício mínimo de dez dias</u>**, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição". (grifou-se)

> o cotejo entre as normas da Constituição de 1988 tornam claro que o silêncio do texto constitucional, no que concerne ao art. 60, § 2º, é um silêncio verdadeiramente eloquente, que não permite a aproximação, ainda que parcial, com o regime de interstício instituído em local diverso pelo mesmo constituinte. Ora, se o constituinte previu não somente em uma, mas em duas regras constitucionais de processo legislativo o interstício mínimo, seria equivocado, concessa venia, reputar que esse mesmo constituinte, por mero lapso, teria simplesmente se esquecido de imprimir, apesar de querê-lo, disciplina similar justamente ao processo de reforma da Constituição Federal, muito mais impactante e relevante sob o ângulo jurídico-político para o Estado brasileiro como um todo do que os casos previstos nos arts. 29 e 32 do texto constitucional.

A dissensão aberta pelo Ministro Luiz Fux foi, respectivamente, acatada pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, restando vencidos os Ministros Ayres Britto (Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente).

De se notar que a "teoria dos atos *interna corporis*" foi lançada expressamente nas manifestações dos Ministros Teori Zavascki[58], Rosa Weber[59] e Dias Toffoli[60], para justificar, como um autêntico argumento de autoridade, a insindicabilidade jurisdicional do desrespeito pelo Poder Legislativo das normas regimentais, inclusive aquelas que densificam o procedimento de legítima democracia deliberativa.

---

[58] "*O vício apontado - de que não decorreu o interstício de cinco dias entre a discussão e a aprovação em primeiro e segundo turnos -, não encontra respaldo na Constituição, que não prevê o referido interstício.* ***<u>Trata-se de exigência de natureza regimental situada em domínio interna corporis do Congresso</u>***". (grifou-se)

[59] "*Embora me cative a colocação, e toda a fundamentação, do eminente Relator, quando conclui violado o artigo 60, § 2º, da Constituição em sua substância – como já enfatizado, o preceito não fixa o interstício temporal entre os dois turnos, diversamente do que fazem os arts. 29 e 32, concernentes a Municípios e ao Distrito Federal-, parece-me, na linha do que foi sustentado pelos votos que me antecederam nesta data, que a ratio essendi foi atendida pelo largo debate ocorrido no Congresso Nacional sobre o tema, ao longo dos três anos de tramitação da PEC, com inclusive quatro audiências públicas promovidas.* ***Não há falar, portanto, em violação do texto constitucional, em sua literalidade ou em sua essência, pelo fato de ter sido votada a Emenda na mesma noite, com uma hora apenas de intervalo, em regime de urgência, a pedido das lideranças dos partidos, <u>em questão que classifico como interna corporis</u>***". (grifou-se)

[60] "*Vale salientar que a Corte, tradicionalmente, possui entendimento contrário à tese do controle jurisdicional dos atos do parlamento,* ***quando envolvem discussão sobre a aplicação de normas regimentais de qualquer das Casas, afirmando tratar-se de <u>problemática interna corporis</u>***". (grifou-se)

A seu turno, é mister ressaltar que, não obstante o argumento da configuração de “silêncio eloquente” na redação do §2º do art. 60 da CF e, assim, da inexistência de afronta direta à Constituição, os Ministros que pugnaram pela não ocorrência de inconstitucionalidade formal da EC nº 62 buscaram, de certa forma, justificar a higidez do procedimento de aprovação da emenda em razão da “*profunda discussão e meditação*” da reforma constitucional em questão. É o que se depreende dos votos dos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, sucessivamente:

> Ora, em um processo legislativo longo e aberto como este, iniciado em 2006 e findo em 2009, pautado não por uma, mas por quatro audiências públicas realizada com a participação da sociedade civil, parece não haver espaço, sob o ângulo material, para a tese de inocorrência de debate parlamentar suficientemente refletido para a aprovação da EC nº 62/09, de modo que não cabe falar em vício formal nem mesmo sob a suposta vertente teleológica de interpretação do art. 60, §2º, da Constituição.
> (...)
> parece-me, na linha do que foi sustentado pelos votos que me antecederam nesta data, que a ratio essendi foi atendida pelo largo debate ocorrido no Congresso Nacional sobre o tema, ao longo dos três anos de tramitação da PEC, com inclusive quatro audiências públicas promovidas.
> (...)
> Com efeito, na situação presente, não há margem para se firmar a precocidade de aprovação da norma, ou mesmo a ausência de amadurecimento da questão. Ora, é de conhecimento notório de todos a ampla discussão no âmbito do Congresso Nacional a respeito da PEC dos precatórios, a envolver não apenas os parlamentares, mas também integrantes dos Governos Federal, Estaduais, Distrital e Municipais. Afinal, tratou-se de proposta de emenda que tramitou no Senado Federal por três anos e foi objeto de aprovação duas vezes nessa mesma Casa Legislativa. Não há razão, portanto, para se afirmar que sua aprovação teria ocorrido sem a devida reflexão ou amadurecimento por parte dos parlamentares.
> (...)
> Ademais, como já foi mencionado pelos Ministros que me precederam, sobretudo pela Ministra Rosa Weber e também pelo Ministro Luiz Fux, esta emenda foi aprovada por uma amplíssima maioria; portanto, não carece de legitimidade. No primeiro turno, ela foi contemplada com trezentos e vinte e oito votos afirmativos e, no segundo turno, com trezentos e vinte e nove votos afirmativos também - e isso após uma longa discussão que incluiu inclusive audiências públicas, como já salientado.

A *contrario sensu*, é autorizado concluir que os mesmos magistrados convergem sobre a necessidade de observância à dimensão substancial do processo de mudança da Constituição, de modo a ser insuficiente o mero cumprimento do procedimento formal extraído das disposições constitucionais, exigindo-se que a deliberação tomada seja fruto de intenso debate travado em arena de equânime igualdade entre os atores políticos participantes.

Dentre os votos que concluíram para inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009, destacam-se os argumentos despendidos pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. O primeiro, de forma acurada, pontuou a importância do papel da Corte Suprema em assegurar a dimensão substancialmente democrática do processo legislativo, ainda mais em contexto de alteração da Lei Fundamental da nação. Tal compreensão, na ótica do Ministro Marco Aurélio, deve orientar o intérprete da Constituição quando análise dos dispositivos concernentes ao procedimento de discussão e deliberação das emendas constitucionais, sob pena de ser conferida extrema valorização à "*forma pela forma em detrimento do conteúdo da norma*".

> A interpretação teleológica do disposto no parágrafo 2º do artigo 60 da Carta Federal exclui, seja qual for o interesse momentâneo, a queima de etapas, ao prever que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, e em cada qual duplamente, três quintos dos votos dos respectivos membros.
> O preceito não agasalha o açodamento, ou seja, não agasalha simplesmente a forma pela forma.
> Ter-se dupla votação contempla espaço razoável para a necessária reflexão, o que se pretende alterar o documento básico da República, a Constituição Federal. No caso, não houve esse espaço, por isso ou por aquilo – e, assim, vamos contando, como costumo ressaltar, a história do Brasil. Resolveu-se que, no Senado, a votação seria imediata quanto ao segundo turno. Potencializou-se, como disse, a forma pela forma em detrimento do conteúdo na norma.
> A própria Casa interpretou bem o texto constitucional, no que editou o Regimento prevendo o interregno entre uma votação e outra e ele não foi respeitado.
> Não estou invertendo as coisas, a ordem natural das coisas, interpretando a Constitucional Federal à luz do Regimento

> Interno. Não, o que estou apontando é que o Regimento Interno do Senado da República – e o Senado não é uma terra sem lei –, ao prever o intervalo de cinco dias, homenageou o texto constitucional.

Após tecer tais considerações, o Ministro Marco Aurélio rebateu a tese segundo a qual haveria um silencio eloquente da Constituição de 1988 a respeito da necessidade de interstício entre os turnos de votação de emenda constitucional. Entende o magistrado que a interpretação dada pelos Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli seria inaceitável não só em termos de interpretação teleológica do §2º, art. 60, como também por razões de interpretação sistemática do texto constitucional, porquanto seria um contrassenso insuperável defender a obrigatoriedade de observância de interstício mínimo para alteração de lei orgânica municipal e do Distrito Federal e não o fazê-lo em relação à Lei Fundamental do país: a própria Constituição. Entender desse modo, seria advogar que, no Brasil, existem maiores dificuldades procedimentais para se reformar o diploma fundamental de um Município do que para alterar a Constituição da República!

Em complemento a tal fundamentação, o Ministro Joaquim Barbosa busca em seu voto realçar a importância do papel da Corte Suprema consistente em preservar a efetiva participação das minorias parlamentares no processo de reforma constitucional. Partindo de tal premissa, o Supremo Tribunal Federal estaria ignorando sua função contramajoritária ao chancelar a não observância do interstício mínimo de cinco dias previsto no art. 352 do Regimento Interno do Senado Federal por "deliberação unânime das lideranças partidárias".

> Pergunta-se se não competiria ao Senado definir o que são turnos, para fins de aplicação do art. 60, § 2º da Constituição. A resposta é positiva, e o Judiciário não pode definir originariamente se turnos compreendem semanas, dias, meses ou qualquer outra medida de tempo.
> Porém, compete ao Supremo Tribunal Federal garantir que a definição dos "turnos" assegure a cada um dos Congressistas e dos cidadãos brasileiros que o processo legislativo possa ser entendido e debatido.
> Cabe à Suprema Corte apontar se uma dada definição de "turno" viola expectativas constitucionais legítimas.

> A propósito, lembro a sábia observação do Justice Stone na mais famosa nota de rodapé da história da jurisdição constitucional norteamericana: atenção especialíssima deve ser conferida às alegações de inconstitucionalidade em desfavor de grupos insulares e discretos, pois eles não têm acesso pleno ao processo político democrático[61].
> A votação apressada do projeto de emenda tolheu a capacidade individual de cada congressista, das minorias políticas representantes e de cada um dos cidadãos representados de compreender e de influenciar, no momento oportuno, a discussão de tema tão grave. Talvez essa falta de oportunidade para boa compreensão do tema tenha resultado no placar final de votação, que não registrou contrariedade à proposta.

É de se lamentar a infeliz coincidência de os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa não terem sido objeto de rebatimento por partes dos demais magistrados, dado que, por força do Regimento Interno do STF[62], os preclaros juízes foram os últimos a votar sobre a matéria.

Em suma, delineados os argumentos, restou vencedora a divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux a respeito da insindicabilidade judicial de eventual descumprimento de interstício mínimo entre os turnos de votação de projeto de emenda constitucional fixado por Regimento Interno das Casas Legislativas, na esteira da famigerada “teoria dos atos *interna corporis*”.

Com efeito, restou assim formatado o trecho da ementa da ADI nº 4.425/DF no tocante a questão de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009:

> 1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do

[61] De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, “*a referência a minorias discretas e insulares alude a uma nota de rodapé (n. 4) no caso United States v. Carolene Products Co (304 U.S. 144, de 1938), em que se lançou o ethos da nova política de auto-contenção da Suprema Corte, sob o entendimento de que a jurisdição constitucional deve-se voltar primacialmente para resguardar as minorias com menor poder de defesa dos seus interesses e valores no jogo político habitual*” (Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André *et al* (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, p. 387-402).

[62] De acordo com o art. 135 do RISTF, "*concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade*".

> grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira[63].

3. O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO COMO PROCEDIMENTO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Diante da situação concreta apresentada no tópico anterior, é de se questionar: dado o papel contramajoritário da Suprema Corte e a finalidade da jurisdição constitucional em assegurar a higidez do "jogo democrático"[64], a rejeição da alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 pelo STF no julgamento da ADI nº4.425/DF consiste em uma postura de autocontenção ou em grave omissão quanto a um dever de correção procedimental?

Partido da análise da compreensão da Suprema Corte a respeito dos limites do controle jurisdicional do processo legislativo, que reputa pertencer privativamente aos parlamentares o direito à estrita observância do devido processo de produção normativa, é possível depreender a inadequabilidade de tais posições face ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, culminando em uma situação de total insegurança jurídica decorrente da ausência de parâmetros normativos, o que conduz a um exercício cada vez mais arbitrário do poder político por restritos segmentos da sociedade[65].

Como bem exposto por José Alcione Bernardes Júnior e Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, o sistema jurídico-constitucional conformado pela Carta Cidadã de 1988 "*consagra não a supremacia do Parlamento, mas, sim, a supremacia da Constituição, em cujo bojo se aloja o princípio fundamental do*

---

[63] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/DF. Relator para o acórdão: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 19/12/2013.

[64] Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 335: "*a justificativa da existência do Estado não reside primariamente na proteção de direitos subjetivos iguais, e sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais se entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos*".

[65] Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 112-113.

devido processo legal"[66]. Portanto, não se pode compreender a atuação do Poder Legislativo em matéria de produção de atos normativos como algo supremo, indene de controle institucionalizado diante de eventuais discricionariedades e até mesmo arbitrariedades cometidas sob o manto do "jogo político".

> A garantia de uma esfera jurídica privativa do parlamento não serve mais à afirmação da soberania do Poder Legislativo, cuja atividade encontra-se vinculada à Constituição. O espaço de discricionariedade que remanesce reservado às legislaturas atende não à hierarquização dos poderes estatais, mas ao equilíbrio entre eles. A independência do espaço no qual se institucionaliza a formação da vontade política, por sua vez, não é uma mera garantia institucional do Congresso, mas uma garantia do próprio regime democrático. Dessa forma, a crítica à doutrina dos atos interna corporis não se confunde com um tipo de questionamento da independência do Poder Legislativo ou, ainda, com a defesa de sua submissão ao Judiciário, que funcionaria como um suposto "poder neutro" ou "moderador". Pelo contrário, essa crítica procura identificar as condições nas quais se afirma a independência da legislatura, ou seja, seus limites constitucionais.[67]

O constante alargamento da noção do que seja matéria *interna corporis* obscurece a compreensão das normas regimentais como materialização das condições procedimentais assecuratórias de um jogo argumentativo, em que seja garantida a participação de todos os envolvidos no processo decisório[68], o que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

Ao manter a hodierna linha de pensamento, o STF, por via indireta, não assume seu papel no Estado Democrático de Direito na qualidade de Corte Constitucional e salvaguarda do princípio democrático. Ademais, ao se limitar a exercer a jurisdição nas situações de literal e direto desrespeito às normas procedimentais inseridas no texto constitucional, confere ao arbítrio da maioria a definição do substancial procedimento legislativo a ser observado, contemplando, inclusive, sob o pálio do recurso denominado "acordo de lideranças", eventuais excepcionalidades que constituem flagrante supressão do direito das minorias parlamentares.

---

[66] Cf. BERNARDES JÚNIOR, ob. cit., p. 115.
[67] Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 161.
[68] Cf. HABERMAS, ob. cit., p. 159-163.

Anote-se que tal panorama poderá contribuir para a derrocada do núcleo essencial do princípio democrático, porquanto estar-se-á legitimando uma espécie de ditadura da maioria ao suprimir a garantia da minoria em ver devidamente observadas as regras regimentais e as finalidades decorrentes da Constituição concernente à identificação do processo legislativo com a ideia de democracia deliberativa.

Com efeito, evidencia-se a suma importância de uma regulação imparcial e racional dos regimentos e das práticas procedimentais adotadas pelas Casas Legislativas para que cumpram sua finalidade constitucional de disciplinar o processo de produção normativa, garantindo as condições comunicacionais e negociais necessárias para o debate público mais democrático possível[69].

É o processo legislativo o núcleo central do regime constitucional no Estado Democrático de Direito, tendo por propósito básico promover a integração da sociedade. Logo, o Direito não deve limitar-se a mera "*densificação de princípios sociais universais na pluralidade das eticidades substantivas das organizações políticas concretas*"[70], devendo fazê-lo de tal modo que "*os destinatários de suas normas possam reconhecer-se como coautores das mesmas*"[71]. E tal possibilidade de reconhecimento é garantida pela observância do procedimento de formação normativa cujas balizas são estabelecidas e estruturadas pela Constituição. Com efeito, "*somente as condições processuais para a gênese democrática das leis assegura a legitimidade do Direito*"[72]. Daí a imprescindibilidade da atuação dos tribunais constitucionais para garantir a observância pelo Poder Legislativo dos pressupostos comunicativos e as condições procedimentais do processo de legislação democrático.

No tocante às eventuais críticas quanto a uma pretensa invasão do Judiciário na esfera de autonomia dos demais Poderes, pondera Jürgen Habermas:

---

[69] Cf. HABERMAS, 2003a, p. 142.

[70] CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1119.

[71] Idem, ibidem.

[72] HABERMAS, ob. cit., p. 326.

> ... a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. **Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos**. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, **o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto de pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição**[73]. (grifou-se)

Desponta, assim, o fundamental papel do Supremo Tribunal Federal enquanto bastião dos interesses contramajoritários, fazendo evocar sua função de guardião da Constituição e, desse modo, avançar na compreensão de complementariedade da democracia e constitucionalismo, criando condições para a observância de um procedimento de formação de leis efetivamente democrático e participativo.

> De frisar, numa palavra, que, no processo constitucional, não se trata de justificar a validade das normas jurídicas legislativas, mas, sim, de averiguar a constitucionalidade e regularidade do processo legislativo, aplicando a Constituição. Há aqui uma diferença inafastável do modo e da finalidade dos processos constitucional legislativo e jurisdicional constitucional, numa

[73] Idem, ibidem.

> reinterpretação constitucionalmente adequada ao princípio da separação dos poderes[74].

Por conseguinte, faz-se necessária a revisão dos pressupostos teóricos que sustentam a jurisprudência atual do Supremo sobre o assunto. Ao relegar a problemática concernente à observância das normas regimentais ao âmbito dos atos *interna corporis*, a Corte nega o status constitucional de tais disposições normativas, ignorando que as normas que fixam o procedimento de formação legislativa constituem comandos normativos densificadores de princípios de ordem constitucional, em especial, o princípio democrático.

> O judiciário, enquanto controle contramajoritário, exerce um papel fundamental para a própria configuração da democracia em contraposição a uma ditadura da maioria. No entanto, os riscos são extremamente significativos se a norma e valor são assumidos como termos indistintos. Um determinado Tribunal pode também se assumir como o responsável direto pela implementação dos valores concretos dessa comunidade e, a esse título, assumir o papel não somente de legislativo, mas de constituinte permanente, sem ter sido eleito por ninguém. O resgate da perspectiva deontológica que informa o enfoque da questão de um autor como Ronald Doworkin e o olhar daqueles que os norte-americanos denominariam mais genericamente de democratas, é aqui imprescindível e essencial para que se possa evitar a privatização da própria Constituição, passível de ser considerada propriedade daqueles que deveriam guardar precisamente o seu caráter público, ou seja, garantir que ela operasse como a regência de uma associação de homens livres e iguais, que vivem sob a égide das leis que fizeram para si próprios. [75]

Tal constatação autoriza, pois, a conclusão de que a postura "omissa" do STF no julgamento da ADI nº 4.425/DF constitui, por vias tortas, uma espécie de "ativismo judicial"[76], porquanto a ausência de atuação corretiva transparece a chancela, por parte do Judiciário, dos atos do Poder Legislativo atentatórios à

---

[74] CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários*..., p. 1121.

[75] CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. In: CATTONI, ob. cit., p. 31-32.

[76] Sobre a polissemia do termo "ativismo judicial" e a falta de metodologia para a sua definição, vide BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André et al (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, p. 387-402.

dimensão substancial da democracia deliberativa em sede do processo de formação de atos normativos.

Afinal, se a atuação comissiva do Poder Judiciário para além dos limites da estrutura orgânico-institucional imposta pela Constituição constitui “ativismo judicial”[77], a ausência de atuação corretiva do STF diante de evidente malferimento por parte do Parlamento do caráter substancialmente democrático do processo legislativo constitui-se como o outro lado da moeda de uma “postura ativista”.

Em termos objetivos, a despeito da cogência que deve merecer o art. 352 do Regimento Interno do Senado Federal como categoria de norma jurídica[78], parecer ser isento de dúvidas que o intervalo menor do que uma hora entre dois turnos de votação de uma emenda constitucional afronta a ideia de democracia deliberativa, que pressupõe o processo legislativo como regulação imparcial e igualitária da formação da vontade e da opinião púbica.

A inatividade traduz uma opção ideológica da Suprema Corte condescendente com a “privatização” do processo legislativo e o domínio dos negócios políticos pela maioria circunstancial e, dessa forma, mesmo quando provocado, ao ignorar a lesão ao princípio democrático, deixa de conferir supremacia à Constituição.

Reside aí o ativismo por omissão: ao desjudicializar o processo legislativo, o STF afronta o programa constitucional do Estado Democrático de Direito, deixando de lado a sua função contramajoritária de garantir os direitos de participação política das minorias em face das maiorias e, assim, assegurar a consolidação de um regime verdadeiramente democrático.

CONCLUSÃO

[77] Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.

[78] A respeito da vinculatividade normativa dos Regimentos Internos das Casas Legislativa, bem como de sua parametricidade para fins de controle de constitucionalidade, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 922-923; BARBOSA, ob. cit., p. 173-192; BERNARDES JÚNIOR, ob. cit., p. 110-111.

Ao desenvolver a chamada “teoria dos atos *interna corporis*” e restringir a legitimidade aos parlamentares para a propositura de medidas judiciais de controle da higidez do rito de produção normativa, a Suprema Corte acaba por desjudicializar e privatizar o processo legislativo, o que representa uma postura nociva face ao modelo do Estado Democrático de Direito formatado na Constituição da República.

Adotando-se como paradigma a Teoria Discursiva da Democracia e do Direito de Jürgen Habermas, insta reconhecer o fenômeno de produção normativa como procedimento formal que estrutura um discurso de fundamentação de normas jurídicas e, então, desenvolver a compreensão segundo a qual somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito.

A partir da análise acurada dos votos apresentados pelos Ministros do STF no julgamento da ADI nº 4.425/DF, em que foi afastada a alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 por não observância de interstício mínimo entre os dois turnos de votação, conforme previsto no art. 352 do Regimento Interno do Senado Federal, restou assentado que o intervalo menor do que uma hora entre dois turnos de votação de uma emenda constitucional afronta a ideia de democracia deliberativa, que pressupõe o processo legislativo como regulação imparcial e igualitária da formação da vontade e da opinião púbica.

Desse modo, é possível concluir que, ao desjudicializar o processo legislativo, o Supremo Tribunal afronta o programa constitucional do Estado Democrático de Direito, deixando de lado a sua função contramajoritária de garantir os direitos de participação política das minorias em face das maiorias e, assim, assegurar a consolidação de um regime verdadeiramente democrático.

Tal postura omissa constitui, por vias tortas, uma espécie de “ativismo judicial”, porquanto a ausência de atuação corretiva transparece a chancela, por parte do Judiciário, dos atos do Poder Legislativo atentatórios à dimensão substancial da democracia deliberativa em sede do processo de formação de atos normativos.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André *et al* (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, p. 387-402.

BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/DF. Relator para o acórdão: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 19/12/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n.32.033/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 18/02/2014

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução: Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volumes 1 e 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial dos atos do Poder Legislativo: atos políticos e interna corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Princípios constitucionais do direito parlamentar. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan./jun. 2004.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Ativismo Judicial: A atuação do Supremo Tribunal Federal ante a inatividade do Legislador

Brenton Vieira Crispim
DOI 10.11117/9788565604567.05

Resumo: Artigo confeccionado com o escopo de verificar as diretrizes que o Supremo Tribunal Federal vem cultivando, no âmbito de sua atuação, e a forma como a função jurisdicional é aplicada, bem como os limites de sua legitimidade, expressamente delimitada pela Constituição, ante a inércia do Legislador. Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682-MT.

Numa sucinta definição, o Ativismo Judicial consiste, basicamente, na transposição que o Judiciário promove da linha que separa sua esfera de atuação, avançando para além do campo hermenêutico, invadindo esferas de competência de outros Poderes, estabelecendo diretrizes e condutas não previstas pelo legislador.

Considerado por alguns como um novo aspecto da atividade jurisdicional, o ativismo tem causado, em alguns momentos, certa perplexidade e algumas polêmicas no que tange ao desempenho do Supremo Tribunal Federal que passou a atuar sobre temas de cunho político. Nessa esteira, o STF, além de interpretar, também passou, de certa forma, a criar Direito. Matérias de caráter político, por exemplo, passaram a ser tratadas judicialmente. Há quem diga que o *"Ativismo Judicial é o conjunto de decisões políticas tomadas pelo STF"*.

Numa ótica mais serena, o termo ativismo indicaria que a Suprema Corte brasileira não mais restringiria seu campo de atuação à interpretação normativa, porquanto estaria estabelecendo condutas e inovando o direito, deixando para trás o encanecido modelo tradicional.

Em claro alinhamento à nova tendência, questões de alçada de outros Poderes, de cunho eminentemente político, passaram a ser apreciadas juridicamente, sendo que outrora não eram sequer conhecidas pela Casa maior do Judiciário nacional. Uma nova postura interpretativa visando à correção

legislativa, ou a modificação de dispositivos que se mostram omissos, criando-se direito pelo caminho paralelo que é o Poder Judiciário, valendo-se para isso, da via hermenêutica.

É a essa atitude ou atividade que chamamos ativismo, e sua repercussão não sedimentou um entendimento doutrinário singular no Brasil, tendo em vista o questionamento que vem sendo feito por juristas e parlamentares, e até mesmo pela sociedade acadêmica, acerca da real legitimidade do STF para a aludida intervenção. O Poder Judiciário, no entanto, não detém exclusividade sobre o direito constitucional, tampouco sobre a interpretação da Constituição da República.

O papel de destaque atribuído ao STF vem, deste modo, gerando conflitos políticos entre os Poderes e sua autonomia. O próprio Supremo já se manifestou no sentido de que aquela Corte "*é a casa do povo e que cabe a ela suprir as deficiências do Legislativo*" (Gilmar Mendes), o que representa, do ponto de vista do Poder Legislativo, uma afronta à representatividade conferida pelo povo aos seus parlamentares.

Noutro vértice, alguns juristas e doutrinadores não se apegam a esse conflito de competência, ou vaidade, ante a postura do Tribunal Constitucional, no que diz respeito aos julgamentos de questões políticas, por exemplo, de modo que aceitam a ideia da atuação legítima na representação popular e na existência de prerrogativas para esse tipo de atividade jurisdicional. Dentre eles está Robert Alexy, que ensina a distinção entre a relação dos Poderes Legislativo, que atua com representatividade política, e o Judiciário, que tem atuação argumentativa.

A questão do ativismo judicial e da judicialização da política vem travando embates calorosos entre Legislativo e Judiciário, e isso não é exclusividade do Brasil, tendo em vista que esse fenômeno é presente em outras nações, o que permite concluir tratar-se de uma convergência que ultrapassa as mais diversas fronteiras. Abarcando, por oportuno, a realidade brasileira, a atuação do Supremo Tribunal Federal em matérias de grande repercussão e interesse social,

e que se configuram como ativistas, vem adquirindo corpo e se tornando cada vez mais presente no cenário jurídico-político nacional.

Vale ressaltar, embora pareça se tratar da mesma matéria, que judicialização da política e ativismo judicial não são a mesma coisa. O aumento da atuação do Poder Judiciário não deve ser confundido como invasão de um Poder na alçada de outro. É preciso averiguar se o papel do Judiciário está sendo exercido dentro do limite de suas atribuições, quais sejam, interpretar e aplicar as leis e normas constitucionais, porquanto não pode o julgador afastar a aplicação dos dispositivos legais aos casos concretos que lhe venham à apreciação. Não se trata de quantidade, mas sim da natureza daquele objeto que ao crivo judicial é ou será submetido.

Ainda nesse sentido, de acordo com o Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal não pode consentir que sejam estabelecidos *"círculos de imunidade na atuação do Poder Público"*, visto que comportaria a fragmentação dos direitos dos cidadãos, a ruína das instituições e o extermínio das liberdades públicas. O novo posicionamento do Supremo é a real demonstração que o entendimento majoritário está sendo renovado, provavelmente, em razão da crescente provocação do Judiciário, que pode ser considerada uma vertente de justificação. Os Magistrados, não submetidos a eleições diretas e ao voto popular, acarretam, então, a atribuição de julgar demandas que são, culturalmente, da alçada dos demais Poderes. É o que podemos chamar de judicialização da política.

Já nos Estados Unidos, país onde o ativismo judiciário foi o responsável por grandes acertos, bem como por erros históricos da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do caso Marbury versus Madison (1803), firmou-se o preceito da *judicial review of legislation* , fortalecendo a Constituição, e o poder dos juízes de analisar e afastar eficácia de lei constitucionalmente inadequada. Concluiu-se naquele momento que, não caberia ao legislativo, por meio de um ato judicial, modificar norma constitucional, declarando, assim, sua inconstitucionalidade.

Voltando para o Brasil, alguns julgamentos do Supremo Tribunal já vem demonstrando a presença do preceito ativista, fortalecido talvez pelo descrédito alcançado pela política nacional, após a célebre Ação Penal 470. Há falar ainda, que o “mensalão” popularizou o ativismo, embora grande parte da população desconheça as reais atribuições do Supremo, mas, sobretudo, julgamentos como da legalização do aborto de anencéfalos, a ingerência no caso da deportação de Cesare Battisti, dentre outros processos históricos da recente atuação do STF, trouxeram à baila, para toda a classe política, juristas e acadêmicos, um novo formato de atividades que passam a ser exercidas cada vez mais pela Corte. O que pode ser considerado como uma revolução da doutrina interpretativa brasileira, em face da limitação e separação dos Poderes.

Estaria o STF, neste tipo de atuação, exercendo atividade legislativa? Existiriam limites para o ativismo?

Pois bem. O ativismo judicial precisa se justificar como ação garantista do Poder Judiciário que deve atuar nas lacunas e omissões legislativas, não como afronta aos demais poderes ou invasão a esferas distintas, mas com o escopo de cumprir os princípios constitucionais e assegurar os direitos fundamentais, em primeiro lugar. Não pode a nação pagar por ausência ou negligência do Estado, no tocante ao que deve ser garantido a cada um por iniciativa da Administração Pública, tampouco por carência de políticas adequadas. Fechar os olhos a esse quadro que corriqueiramente se apresenta ao Judiciário, seria o mesmo que compactuar e se declarar, da mesma forma, omisso.

O ativismo abrevia caminhos e assegura direitos, e o faz, sobretudo, afastando a prioridade dada outrora ao plano institucional e à política. Porém, essa modalidade mais recente tem agravado as relações institucionais harmônicas e provocado conflitos entre os Poderes. Vale dizer que essa nova postura assumida pelo STF promove divergência não somente com o governo, mas, do mesmo modo, com o conservadorismo da outra ponta da mesa, a oposição. A resistência existe em quase todos os seguimentos políticos, embora a democracia seja capaz de estimular sentimentos e ações que transcendem essas crises. O novo panorama constitucional potencializa o espírito democrático.

A omissão do Legislador e a inércia do Congresso e demais Casas legislativas dificultam o exercício do direito, ofendem direitos e garantias fundamentais e, por esses e outros elementos, provocam mudanças no perfil ideológico no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, as decisões proferidas pelo Supremo em face da inércia legislativa passam a se balizar, ainda mais, nos princípios constitucionais, para assegurar mais eficácia ao texto da Constituição.

Exemplo claro da atuação ativista do STF, é o julgamento da ADI 3.682/MT, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde se decidiu, ante a inércia, que se deve impor ao Legislativo em mora o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade, ficando superado o entendimento anteriormente adotado pela Corte em que a atuação do Supremo limitar-se-ia, diante da omissão legislativa, a declarar a mora do Congresso Nacional, determinando, assim, que o legislador sanasse e preenchesse a lacuna.

Na aludida ADI nº 3682, em razão da autêntica violação de preceito constitucional, qual seja, a ausência de lei complementar federal que assegure o exercício do direito conferido no art. 18, §4, CF/88, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um lapso temporal razoável, para que o Poder Legislativo tomasse as providências necessárias ao cumprimento do dever constitucional conferido pela referida norma.

No voto, o Ministro Gilmar Mendes, demonstrou uma postura pouco complacente ante a perpetuação da mora do Congresso Nacional. Vejamos:

> Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerada pela omissão

De fato, agiu o Relator dentro daquilo que se espera em matéria submetida ao STF em de sede de ADI. Conforme Pedro Lenza ensina, o objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão é combater a *"síndrome de*

inefetividade das normas constitucionais", visto que o STF, ao constatar a existência de inconstitucionalidade por omissão pela falta de dispositivo que complemente as normas constitucionais de eficácia limitada, irá tomar medidas que garantam sua efetividade.

O art. 18, §4º da Constituição Federal, objeto da ADI em comento, disciplina a criação de novos municípios em que deverá haver uma lei complementar federal disciplinando a criação de novos municípios. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação declarando a mora legislativa e fixando prazo de 18 meses para que o Legislativo criasse a lei complementar reguladora. O Poder Legislativo, então, criou uma emenda constitucional reconhecendo a legitimidade dos municípios já criados.

O fundamento principal para a decisão do Supremo foi que a inconstitucionalidade por omissão é progressiva, tendo em vista o prazo efetivamente exigido pelo processo legislativo. Desta feita, a omissão que era razoável, deixou de ser, passando a ser tolerada. Todavia, a inconstitucionalidade por omissão tornou-se inadmissível. Cristalino o entendimento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADI 3682:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4O DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.*
> *1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4o, da Constituição. (...)*

O parágrafo 4º do artigo 18 da Constituição Federal prevê a necessidade de lei estadual para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios dentro do período determinando pela lei complementar federal. Por meio da Emenda Constitucional (EC) 57/2008, foram convalidados atos de

criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios editados até 31/12/06, com base na lei estadual, sendo que a emenda alcançou apenas as situações constituídas até aquela data, permanecendo a barreira para criação de novos municípios.

Assim, com a omissão do Poder Legislativo, o Judiciário ocupa este lacuna por meio do ativismo jurisdicional. Conforme a decisão, o que justifica a concessão da medida cautelar e torna prescindível a oitiva prévia dos órgãos e autoridades envolvidas na confecção da norma combatida é a "*patente violação ao procedimento constitucionalmente previsto à criação de municípios".*

Ao se analisar, portanto, a decisão proferida, observa-se o ativismo judicial através da imposição de prazo ao Poder Legislativo e ao se comparar com o art.103, §2º, da Constituição da República, que apenas cita a fixação de prazo para autoridade administrativa. O voto ficou assim ementado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4O DO ART. *18* DA*CONSTITUIÇÃO FEDERAL*, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO *15*/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
> 1. A Emenda Constitucional nº *15*, que alterou a redação do *§ 4º* do art. *18* da*Constituição*, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. *18*, *§ 4o*, da *Constituição*.
> 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. *18*, *§ 4º*, da *Constituição*, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
> 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. *18*, *§ 4º*, da*Constituição*, acabou dando ensejo à conformação

> e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.
> 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. *18*, *§ 4º*, da *Constituição*, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.

Nesta linha de reflexão, possível compreender, de acordo com a decisão da ADI 3682, que toca ao STF a função de viabilizar o direito impondo um lapso de tempo razoável para a regulamentação do dispositivo de eficácia limitada, frente às demandas que lhe são apresentadas. Ademais, tanto a decisão proferida no mandado de injunção, bem como o voto atribuído à ADI por omissão, têm para o legislador caráter obrigatório, que busca uma expedição de ordem judicial para o Congresso.

Por todo o exposto, pode-se concluir que diante da inércia legislativa, o Supremo Tribunal Federal, mediante atuação de Ministros e Magistrados ativistas, passa a ter elementos necessários para legitimamente suprir a omissão, conforme se verificou no decorrer deste artigo, mormente na análise do julgamento da ADI 3682.

Em síntese, os demais Poderes, Legislativo e Executivo, que têm prerrogativas específicas no processo democrático e na representatividade popular, nitidamente estão atravessando um processo de conflito de legitimidade. Diante disso, quem é suficientemente capaz de ocupar as lacunas legislativas é o Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual se percebe a evolução e o crescimento do ativismo judicial no Brasil, decorrente dessa judicialização dos sistemas políticos sociais que foram constitucionalmente

institucionalizados, tornando-se elemento de direito estabelecido na Constituição da República.

Com isso, configura-se um novo perfil ao Poder Judiciário do Brasil de hoje em dia. Trata-se dos efeitos democráticos fortalecidos com a Constituição de 1988, que certamente acarretou mais poder e autonomia ao Judiciário.

Referências Bibliográficas

BARREIROS, José de Ribamar. Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal Como Arena de Deliberação Política. 2010. Disponível em:<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27/05/14.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial, publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 19/08/2014.

HANS, Kelsen, Jurisdição Constitucional. SP, Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Saraiva: São Paulo, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição Constitucional, Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STF, ADI 3682-MT, Rel. Min, Gilmar Mendes, In <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt-stf. Acesso em 13/05/2014.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETOTO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. Normas constitucionais inconstitucionais. Consutor Jurídico. In <www.conjur.com.br>. Acesso em 21/08/2014.

Ativismo Judicial no Direito Econômico: os efeitos de uma decisão judicial que delimita preços em determinado mercado.

Alexandre Cordeiro Macedo
DOI 10.11117/9788565604567.06

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer a análise dos efeitos de uma decisão judicial que delimita preços e demais condições em determinado mercado, interferindo diretamente na atividade econômica privada e na livre concorrência, a luz das teorias do ativismo judicial.

Ao estudarmos o tema partimos especificamente da análise de uma decisão judicial específica, cujo teor interferiu diretamente no preço e nas condições de oferta de determinada empresa aérea em um mercado relevante específico. Trata-se do caso da linha aérea trecho Imperatriz-MA/Brasília e Imperatriz do Maranhão-MA/São Luís - MA, operada pela TAM Linhas Aéreas SA..

Procuraremos demonstrar quais são os reais efeitos que uma decisão ativista de tabelamento de preço tem sobre o bem-estar social. Imagina-se, diferentemente do que o magistrado supunha, que os reais efeitos da decisão são diametralmente opostos aos pretendidos pelo julgador. É nesse ponto que reside os riscos de termos um poder judiciário que se filia ao ativismo judicial. Muitas decisões judiciais ultrapassam a competência do Poder Judicante e interferem em outros Poderes sob o pretexto de corrigir uma suposta omissão, conquanto essa proatividade, diferentemente do que se esperava, pode gerar maiores prejuízos do que benefícios.

Traremos a baila não só conceitos do Direito Econômico mas principalmente algumas teorias puramente econômicas que podem facilitar a compreensão do tema e avaliar a qualidade e o alcance dos efeitos pretendido pelo magistrado. Para tanto, com o auxilio da microeconomia, discutiremos

formação de preço, excedentes do consumidor e do produtor e, por fim, os efeitos da intervenção estatal na economia.

ENTENDENDO O CASO CONCRETO

O Ministério Público Federal ingressou com uma Ação Civil Pública com pedido de tutela antecipada para ver a empresa TAM Linhas Aéreas ser condenada a: a) ofertar aos usuários, nos voos com destino para e/ou origem em Imperatriz-MA, no mínimo, 50% dos assentos com a tarifa denominada "básico"; b) nos meses de alta demanda, em especial dezembro/2013 e janeiro/2014, seja cobrado do usuário consumidor o valor máximo de até 50% da tarifa máxima do plano "básico" que está disponível para fevereiro/2014. O parâmetro utilizado foi os valores encontrados no dia 15/10/2013, para os dias 08 e 09/02/2014, tudo com base em simulações disponíveis no próprio sítio da ré.

Segundo o Ministério Público Federal a empresa Ré chega a aumentar em até 600% o valor das passagens aéreas em alta temporada, principalmente nos meses de dezembro e janeiro. Alega ainda que a Ré possui alta concentração de poder sobre o mercado aéreo na rota de Imperatriz/MA, possuindo 2/3 dos voos operados. Como isso, a ré está angariando lucros abusivos em detrimento do consumidor, agravada pela ausência de compatibilização da função social da empresa com a livre iniciativa, principalmente porque trata-se ainda de serviço público. Tudo isso configura infração a ordem econômica visto que evidencia-se um aumento arbitrário no valor do serviço e seus lucros, de forma aleatória e sem fundamento razoável. Sendo assim, o consumidor, usuário do serviço público, está sendo sobremodo prejudicado, diante do vício do serviço prestado, nos termos do art. 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor.

Por último o Ministério Público Federal afirma que a ANAC, como Agência Reguladora, deveria adotar as medidas administrativas a fim de coibir tais práticas ilícitas. Contudo, em vista da inércia do ente regulador, o Ministério Público propôs a referida Ação Civil Pública.

A demanda foi ajuizada perante a Justiça Federal, Seção Judiciária do Maranhão e distribuída para a Segunda Vara Federal sob o número 9029-10.2013.4.01.3701. A Juíza Federal Substituta, Diana Maria Wanderlei da Silva liminarmente conferiu ao Autor os efeitos da tutela antecipada proferindo a seguinte decisão, cujos principais trechos passamos a destacar:

> II
> Trata-se de demanda movida pelo Ministério Público Federal que visa a decotar os excessos que entende serem desarrazoados e abusivas nos valores das tarifas aéreas cobradas pela TAM LINHAS AÉREAS SA, nos períodos de maior procura pelos usuários, na rota Imperatriz/MA.
> (...)
> A matéria é polêmica, e **envolve a análise de várias disciplinas do ordenamento jurídico**. Antes de adentrar no mérito da medida de urgência vindicada, oportuno uma breve digressão sobre os fundamentos da lide. Estes devem **pautar-se no interdisciplinamento a envolver o Direito Administrativo, o Econômico e o do Consumidor, todos com alicerce na Constituição Federal de 1988**.
> Dispõe o art. 21, XII, c, da Constituição Federal que compete à União explorar a navegação aérea, possibilitando, também, que tal consecução seja delegada a particulares; ou seja, prestação indireta do serviço público. Por sua vez, o art. 170 da Constituição Federal traça os **princípios norteadores da atividade econômica, entre eles a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa do consumidor**.
> As bases do Direito Administrativo Econômico remontam a necessidade **da intervenção do Estado na economia a fim de garantir o predomínio do interesse da coletividade sobre o particular**. A Ordem Econômica consiste na racionalização jurídica da vida econômica com o fim de garantir o desenvolvimento sustentável da nação. Eros Grau, ao tecer comentários aprofundados sobre o tema, relata:
> "por certo que, no art. 173 e seu § 1°, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito. Indica o texto constitucional, no art. 173, caput, as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direita de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado - isto é, da União, do estado-membro e do Município - como agente econômico, em área de titularidade do setor privado. Insista-se em que a atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito." (GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Ed. São Pau/o, Mallheiros Editora, 2006. pág. 105).
>
> A Constituição de 1988, explicitamente, normatizou diversos princípios e regras traçando as balizas do Direito Econômico,

este como dever do Estado e direito da sociedade. Em suma, **através do direito econômico o Estado passa a atuar largamente em prol do interesse público, seja através dos serviços públicos ou da intervenção na atividade econômica diante do interesse coletivo**.
Neste cenário, **a proteção jurídica do consumidor, a da livre concorrência e a da propriedade privada estão intrinsecamente encadeadas**; cabe, pois, ao bem jurídico tutelado de forma imediata distingui-las e dimensioná-las.
O **Ministério Público Federal argui a concentração do mercado pela empresa ré**, com esteio no art. 36, § 2°, lei no 12.52 9/11, pois entende que a TAM LINHAS AÉREAS SA **exerce "posição dominante no mercado relevante", possuindo 2/3 do vôos operados na rota do Município de Imperatriz/MA**. Por conseguinte, alega que a sociedade ré aumenta arbitrariamente os lucros, na ordem de 600%, nos períodos de maior necessidade dos usuários, a exemplo, das festas de final de ano e das férias escolares.
(...)
Entendo que as questões atinentes ao abuso da concorrência necessitam do crivo de estudos econômicos específicos setoriais, e devem ser, primariamente, resolvidas no âmbito administrativo junto ao CADE. **Contudo, no caso concreto, o bem jurídico imediato mais afetado na relação sub judice é o direito do consumidor, razão pela qual será a base jurídica dos fundamentos desta decisão**.
(...)
Inicialmente, ao cotejar as provas colacionadas pelo autor, verifico que os diversos documentos que acompanham os autos foram fornecidos pela própria ré e evidenciam que a sociedade TAM LINHAS AÉREAS SA, nos meses de maior necessidade por parte dos usuários, e consequentemente de maior procura, a exemplo, dos meses de dezembro/2013 e de janeiro/2014, está majorando de forma abusiva o valor das tarifas aéreas.
(...)
De fato, a ré agiu de forma arbitrária e abusiva frente a sua política tarifária, desconsiderando as previsões constitucionais norteadoras da atividade econômica, da proteção do direto do consumidor, malferindo a "força normativa" da Constituição de 1988. Quanto ao "princípio da razoabilidade", enuncia-se que a Administração (idem os seus delegatários) "terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida." (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Ed. Malheiros, 2005. p. 97).
Cobrar tarifas que giram, por trecho, Imperatriz/MA - Brasília/DF, em R$ 1.529,00 (janeiro/2014), quando estavam entre R$ 289,00 e R$ 299,00, e logo em seguida passam para R$ 429,00 (fevereiro/2014), está sobejamente

na contramão dos direitos subjetivos dos usuários consumidores, vulnerando-os com tamanha abusividade. **O "princípio da proporcionalidade" entre a oferta do serviço aéreo e o valor tarifário respectivo não foi observado pela TAM LINHAS AÉREAS SA, pois, ao invés de ampliar a oferta para os meses de referência, devido procura mais acentuada pelos usuários, limita-se a elevar de forma desarrazoada os preços das passagens aéreas colocando o consumidor em desvantagem exagerada**. Idem quanto ao trecho Imperatriz/MA - São Luis/MA.
Tal postura da TAM LINHAS AÉREAS SA **é incompatível com a boa-fé objetiva**", a qual deve sempre nortear a conduta entre as partes, principalmente, quando a relação jurídica se tratar de fornecimento de serviço público aos consumidores-usuários. Por ora, **concluo que o "princípio da confiança", baliza do Estado Democrático de Direito, também está sendo violado**, eis que a norma jurídica disciplinada no art. 11 da Lei n. 8.987/95, a qual deu eficácia à previsão contida no art. 175 da Constituição Federal, preceitua que a política tarifária deve **favorecer a modicidade das tarifas**.
Apesar de **não mais viger o intervencionismo econômico**, é certo que o Estado Regulador também objetiva preservar os interesses públicos essenciais, a exemplo, da tutela dos direitos dos usuários-consumidores dos transportes públicos. É incontroverso que a atividade econômica privada gira em função da mão invisível do mercado. **A oferta e a procura regulamentam a economia, o que não significa concluir que a atividade econômica não deva se pautar nas demais balizas do ordenamento jurídico**.
Noutro giro, a boa hermenêutica atesta que não há princípio absoluto na Constituição Federal, as antinomias entre eles são meramente aparentes. Deve-se, pois, no caso concreto, buscar harmonizá-los; quando tal medida não for possível, haverá o sopesamento dos interesses envolvidos casuisticamente, contudo, sempre a preservar o núcleo mínimo intangível. Observo que a própria ré, ao responder aos quesitos formulados pelo autor no Procedimento Preparatório, n. 1.19.001.000351/2013/14, fls. 55, **afirma que vige a liberdade tarifária; ou seja, as empresas aéreas são livres para decidir o valor dos seus bilhetes de passagem, e de que o mercado é regulado a partir de acirrada concorrência entre os seus players**. **Contudo, como bem observou o MPF é incontroverso que não há na rota de Imperatriz/MA a acirrada concorrência, pois a TAM LINHAS AÉREAS SA detém cerca de 2/3 dos voos aéreos da rota local.**
Oportuno frisar que, **a inexistência de previsão do limite tarifário disciplinado pelo órgão regulador, não dá o condão para que a sociedade ré arbitre de forma desarrazoada o valor das passagens aéreas, sob o manto protetivo de que a "mão invisível do mercado**" é que deve guiar o valor da tarifa. Ora, o fato do serviço público de

transporte aéreo ser prestado por ente privado não descortina a titularidade da União, e não transpassa o serviço público para particular. Inclusive, até para os serviços privados de grande relevância social, a exemplo dos planos de saúde, há política de controle de preços com o fulcro em inibir abusos, com o intuito de proteger o consumidor-usuário.
(...)
Noutro giro**, é inconteste que a regulação da atividade econômica, estabelecendo regras técnicas e administrativas, é típica do poder executivo**, tanto assim, que as diversas agências reguladoras já fazem o controle dos preços em relação a outros serviços públicos, citam-se, quanto aos serviços de fornecimento de água, de energia. de telefonia. inclusive, quanto aos de transporte rodoviário de passageiros.
Contudo, **diante da omissão da ANAC em efetivar os comandos insculpidos nos arts. 2° c/c 8° da Lei n. 11.182/05, acaba por deixar tal tarifação à álea e à deriva dos exclusivos interesses das concessionárias aéreas, em prol da política do regime de liberdade tarifária, como se o fornecimento de serviço de transporte aéreo de passageiros fosse, na sua gênese, atividade privada**.
(...)
Em função da saciedade da empresa ré em angariar receitas de forma sobejamente desenfreada, quanto ao serviço público de competência da União que a si foi delegado, restou evidenciado que, no período em testilha, a TAM LINHAS AÉREAS SA **está elevando as passagens ao sabor exclusivo dos seus interesses econômicos, de forma aleatória e abusiva, sem limite na razoabilidade, tudo em descompasso com a disciplina prevista no art. 170 da Constituição Federal**.
(...)
Friso que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, com esteio no art. 5°, XXXV, da Constituição Federal de 1988, deve conviver harmonicamente com os demais poderes constituídos. Por conseguinte, é defeso concluir que o Magistrado, diante da lacuna legal, não possa se valer das balizas principiológicas, em especial, no "princípio da proporcionalidade", para estabelecer parâmetros a serem aplicados, no caso concreto, a fim de suprir malsinada omissão configurada, a qual sobremodo agride direitos imanentes do consumidor. Ao revés, nos termos dos arts. 3°c/c 4°da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é poder-dever do Juiz, a fim de evitar o non liquet, criar a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto. Cito:
Art. 4. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
Art. 5. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.
O art. 2° da Constituição Federal de 1988 prevê ainda pendência e a harmonia entre os poderes constituídos. Noutro ângulo, **a**

doutrina do checks and balance permite ao Poder Judiciário, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, eliminar a desproporcionalidade manifesta e estabelecer, atipicamente, de forma excepcional, parâmetros a serem aplicados ao caso concreto, com o objetivo de dar efetividade ao direito fundamental; no caso, a defesa do consumidor, art. 5, XXXII, da Constituição Federal de 1988.
(...)
Por sua vez, **a antecipação dos efeitos da tutela, cujos pressupostos gerais estão delineados no art. 273 do CPC, requer, além da prova inequívoca que possa conduzir ao convencimento da verossimilhança das alegações, a presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**, ou que se demonstre o abuso do direito de defesa, bem como o claro intuito protelatório do réu.
(...)
Por outro lado, as **bases da fundamentação do autor foram corroboradas não só em evidências colhidas do próprio sítio da empresa ré, a todos disponibilizadas, mas também com lastro no Procedimento Preparatório, no 1.19.001.000351/2013/14, tendo a TAM LINHAS AÉREAS SA prestado informações de estilo e fornecido dados sobre as imputações aduzidas pelo Parquet Federal**.
(...) **A verossimilhança das alegações pauta-se em questões de cristalina evidência**, diante das várias informações colacionadas aos autos e disponíveis no próprio sítio eletrônico da empresa ré.
(...)
O Ministério Público Federal requereu, como teto para o valor das passagens dos meses dezembro/2013 e janeiro/2014, o aumento, no máximo, de 50% do valor da tarifa básica, por trecho, que está sendo cobrada para o mês de fevereiro/2014, que gira em R$ 429,00 (rota: Imperatriz/MA - Brasília/DF) e R$ 163,00 (rota: Imperatriz/MA - São Luís/MA). Estes com lastro nos valores encontrados no dia 15/10/2013, para os dias 08/02/2014 e 09/02/2014, de acordo a simulações disponíveis no próprio sítio da ré (www.tam.com.br).
Entendo que a querela deve ser resolvida com esteio na **"lógica do razoável"** e com base na prudência que a casuística requer.
De fato, o parâmetro de referência do valor da passagem do plano "básico" no mês fevereiro/2014 é razoável, haja vista que é posterior a ambos os meses em questão, dezembro/2013 e janeiro/2014. **Ora, se a sociedade ré entende que o valor fixado da passagem em fevereiro/2014 é compatível com o serviço por ela oferecido, este também o é para os dois meses anteriores, até por que, o ritmo da economia atual do país pauta-se na inflação, e não na deflação**.
Já quanto ao percentual de 50% de acréscimo, como limite a ser cobrado para valor máximo da passagem nos meses de dezembro/2013 e janeiro/2014, considerando a tarifa máxima

do plano "básico" que está disponível para fevereiro/2014, nos termos já acima elencados, entendo reduzido para servir como teto limitador. **A fim de remediar quaisquer alegações de que, para se chegar ao valor das passagens deve-se levar em conta fatores como, tempo de antecedência na compra pelo usuário- consumidor, margem de lucro da oportunidade, externalidades imprevisíveis, entre outros, concluo ser prudente que o patamar máximo tenha como limite até 100% do valor de referência acima consignado.**
(...)
Neste sentido, consigno que o valor máximo das passagens do "plano básico" a ser cobrado dos assentos ainda disponíveis, para os meses de dezembro/2013 e de janeiro/2014 pela ré TAM LINHAS AÉREAS SA, **deverá ter como limite o valor de R$ 858,00 e R$ 326,00,** por trecho, respectivamente, Imperatriz/MA-Brasília/DF, ou vice-versa, e Imperatriz/MA-São Luís/MA, ou viceversa.
OFERTA - PLANO BÁSICO
O autor **requer que a oferta do plano básico seja de, no mínimo, 50% dos assentos disponíveis**, alega que a empresa TAM LINHAS AÉREAS S.A. oferece regularmente aos usuários as tarifas denominadas, "básico", "flex" e "top", mas que, em períodos como o de dezembro/2013 e janeiro/2014, quando efetua a pesquisa no sítio eletrônico da ré, embora observa que grande parte dos assentos ainda estão vagos, também percebe que a tarifa básica encontra-se esgotada.
(...)
Com base em tais relatos, **entendo proporcional que, nos meses de dezembro/2013 e de janeiro/2014, a oferta do plano básico seja de, no mínimo, 50% dos assentos ainda disponíveis**, tanto para a rota Imperatriz/MA-Brasília/DF, ou vice-versa, como para a de Imperatriz/MA- São Luís/MA, ou vice-versa. Embora a ré, em 2012, ofereceu 54,25% dos assentos para o "plano básico", no caso concreto, tal fixação é medida que se impõe a fim de dar efetividade ao comando do limite tarifário acima esposado, para que não haja burla à decisão judicial por via transversa.
(...)
III
EM RAZÃO DO EXPOSTO, com o fulcro no art. 273 do CPC, acolho parcialmente o pedido da antecipação dos efeitos da tutela, e DETERMINO que a TAM LINHAS AÉREAS SA **disponibilize para os usuários-consumidores, nos meses de dezembro/2013 e de janeiro/2014, no mínimo, 50% dos assentos totais restantes para serem destinados à modalidade "plano básico", cujos valores serão limitados à importância de R$ 858,00, na rota Imperatriz/MA-Brasilia/DF, e vice-versa; e à de R$ 326,00, por trecho, na rota Imperatriz/MA São Luís/MA, e vice-versa**.
Intime-se a empresa ré TAM LINHAS AÉREAS SA, no endereço fornecido pelo MPF, fl. 99, verso, para ciência e cumprimento

> desta decisão. Fixo o prazo máximo de 08 horas, após a intimação desta decisão, para o seu imediato cumprimento pela TAM LINHAS AÉREAS SA. **Após tal lapso, caso ocorra o descumprimento desta decisão, arbitro multa de RS 5.000,00 (cinco mil reais) por hora de atraso a ser imputada à ré**.

Por obvio, inconformada com a decisão liminar deferida a empresa aérea interpôs Agravo de Instrumento e obteve o efeito suspensivo da decisão agravada com base nos seguintes fundamentos:

> No caso examinado, a decisão está fundada em meras suposições sem qualquer estudo técnico que lhe forneça amparo, sem prejuízo de uma preponderância à proteção de consumidores sob a perspectiva de menor preço, deixando de observar que caso o serviço deixe de existir, o prejuízo pode ser muito maior, pois os consumidores serão obrigados a promover seu deslocamento apenas pela via terrestre, inviabilizando ou minorando significativamente a possibilidade de escolha.
> Observe-se, ainda, que é flagrante a violação ao princípio da livre iniciativa e a previsão legal de liberdade tarifária.
> Não diviso fundamentação técnica que respalde a limitação de preços imposta, suspendo integralmente a decisão agravada, que para concluir que a tarifa é abusiva, necessita de estudos técnicos especializados, não bastando suposições fundadas em preços praticados em temporada, pois a empresa é obrigada a prestar o serviço nos moldes da regulação a que se propôs, tenha ou não passageiros a transportar, o que demanda a aferição de prejuízo ou lucro na operação dentro de determinado período e não de forma isolada.
> Pelo exposto, suspendo integralmente a decisão agravada.

A decisão judicial de primeira instância representa uma atitude específica e proativa de como interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance[79]. Isso é o que chamamos de Ativismo Judicial.

O presente trabalho fará uma análise das possíveis consequências de uma decisão judicial como essa e tentará demonstrar quais são os perigos inerentes do ativismo judicial no direito concorrencial tendo por base o caso concreto acima relatado.

---

[79] BARROSO, Luís R. "Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática". 2008. Disponível no site Conjur: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acessado em 27/08/2014.

ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.[80]

Ativismo judicial se refere a uma atitude mais ampla do poder judiciário em relação a sua função institucional, passando a interferir de maneira mais intensa nas competências dos outros poderes. Como o próprio nome infere, trata-se de uma atitude proativa em relação a tradicional forma de atuação do judiciário a fim de buscar a concretização e finalidades insculpidas na Constituição Federal.

Na mesma linha o professor José Afonso da Silva em palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Brasília, afirmou que *"O ativismo judicial se caracteriza por um modo proativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais"* (...) *"O ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva"*[81].

Para Elival da Silva Ramos[82], "por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, que incumbe ao Poder Judiciário atuar [...]."

---

[80] BARROSO, Luís R. "Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática". 2008. Disponível no site Conjur: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acessado em 27/08/2014.

[81] http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab.

[82] o ativismo judicial ganhou grande intensidade somente a partir de 2007, sobretudo nos casos envolvendo MI, quando o STF começou ser a ultima palavra em questões constitucionais mais polêmicas, onde o poder legislativo, de modo geral, estava agindo de forma omissa.

Segundo Luís Barroso, o ativismo judicial se inicia nos Estados Unidos[83], com alguns julgamentos realizados pela Suprema Corte Americana de características extremamente conservadoras, a ponto de suas decisões invalidar alguns direitos sociais garantidos a época. A partir da década de 50 é que a jurisprudência começa a mudar e caminhar no sentido oposto. A Suprema Corte americana começa, a partir de então, a proferir julgados progressistas principalmente nas matérias que envolviam direitos fundamentais de negros e mulheres.

No Brasil, até 1988, o que se via era um judiciário autocontido, ou seja, um judiciário sem as características ativistas de hoje. A partir do advento da Constituição Federal de 1988 pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal passa a adotar uma postura mais proativa em face daquelas situações não expressas nas normas constitucionais. Percebe-se que a Suprema Corte brasileira busca extrair da norma superior o seu maior alcance, muita vezes interferindo na competência de outros poderes, muitas vezes fazendo novas construções constitucionais.

Contudo foi a partir de 2007 que o ativismo judicial ganhou grande intensidade, sobretudo nos casos envolvendo Mandado de Injunção, quando o STF passou a decidir questões polêmicas, onde o poder legislativo, de modo geral, estava agindo de forma omissa. O mandado de injunção é definido como um instrumento constitucional que assegura ao detentor de um direito previsto na constituição seu exercício, quando esse direito está previsto em norma de eficácia limitada, mas pendente de regulamentação. Portanto, o constituinte não só previu diversos direitos fundamentais no art. 5º da Constituição Federal de 1988, como os dotou de máxima efetividade, criando remédios constitucionais que fossem capazes de garantir seu gozo.

Apesar da criação desse remédio constitucional, por vários anos o Supremo Tribunal Federal se manifestou de maneira muito tímida em relação ao assunto e somente após o amadurecimento da doutrina no que diz respeito as

[83] Para Carlos Eduardo de Carvalho, o termo ativismo judicial apareceu a primeira vez na Bélgica, em 1916.

correntes concretistas e não concretista é que esses julgados tomaram forma, promovendo uma verdadeira ampliação do alcance dos efeitos das decisões proferidas nos Mandados de Injunção. A mudança jurisprudencial no entendimento do Mandado de Injunção, desde 1989 até seu principal marco em 2007, passando da corrente não concretista para a concretista em suas duas vertentes, a concretista individual e a concretista geral, trouxe avanços significativos para a efetividade do texto constitucional, funcionando também como combustível para o avanço da teoria do ativismo judicial.

Há que se destacar que o ativismo judicial possui dois lados. Tem os que o defendem e os que o criticam. Nessa linha de raciocínio faz-se necessário transcrever parte do discurso do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo, na ocasião da solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes em abril de 2008:

> (...) dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, **inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos**. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. **Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional**, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a

> própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Já Streck[84], tratando do tema Judicialização, aborda a questão do ativismo fazendo a diferenciação entre os termos da seguinte forma: *"Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de "princípios", em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos".*

Uma importante crítica que se faz ao ativismo judicial reside no argumento da ausência de legitimidade do Poder Judiciário constituído por membros não eleitos pelo povo, insurgir-se contra os atos realizados pelos demais poderes, cujo membros foram eleitos pelo voto povo.

Outra crítica ao ativismo judicial diz respeito ao que a doutrina chama de decisionismo, muito bem conceituado por Sarmento[85]: *"(...) a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.*

---

[84] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

[85] SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p.144.

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico".

De fato, pode-se perceber que existe muita controversa acerca do tema, principalmente quando o ativismo judicial é praticado pelo juiz de primeira instância, onde a questão julgada fica sobremaneira exposta as interpretações principiológicas de cada magistrado.

O caso em testilha demostra muito bem o que se esta tentando dizer. O juiz ao proferir uma decisão antecipando os efeitos da tutela em uma Ação Civil Pública, cujo objeto era a suposta proteção do consumidor em face de condutas da companhia aérea, muito embora legais sob o ponto de vista da legislação especial vigente, mas despiciendas na visão do julgador, quanto aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, livre iniciativa e etc, acaba por prejudicar ainda mais o consumidor, visto que os fundamentos do *decisum* tiveram arrimo apenas na retórica da exordial e nas impressões superficiais do julgador sobre o tema econômico, sem a realização de qualquer estudo econômico aprofundado.

OS EFEITOS DA DECISÃO

Neste tópico analisaremos a decisão proferida no caso concreto e quais são seus problemas e efeitos negativos para a econômica do mercado relevante em questão e principalmente para os consumidores.

O principal fundamento da decisão é a defesa do consumidor. O magistrado em sua decisão aparenta demonstrar ter o conhecimento da

complexidade do tema e da necessidade da análise interdisciplinar da questão, haja vista que em determinado trecho da decisão destaca inclusive que a matéria deveria ser tratada pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, senão vejamos:

> Entendo que as questões atinentes ao abuso da concorrência necessitam do crivo de estudos econômicos específicos setoriais, e devem ser, primariamente, resolvidas no âmbito administrativo junto ao CADE. Contudo, no caso concreto, o bem jurídico imediato mais afetado na relação sub judice é o direito do consumidor, razão pela qual será a base jurídica dos fundamentos desta decisão.

Em outros pontos da decisão o magistrado demonstra ainda que conhece os fundamentos e os princípios implícitos e explícitos norteadores da atividade econômica, tais como: livre-iniciativa, defesa do consumidor, livre-concorrência e liberdade econômica, contudo não os aplica de maneira correta, possivelmente pela ausência de conhecimento econômico que a matéria exige. Com fundamento quase que exclusivo na defesa do consumidor, o julgador profere a decisão analisada, sem contudo imaginar que seus efeitos futuros serão ainda mais severos com os consumidores que ele tenta proteger. O resultado é, portanto, o oposto do pretendido pelo magistrado.

O fundamento da livre-iniciativa refere-se a ausência de restrição do Estado ao exercício da atividade econômica, salvo nos casos em que se fizer necessário, para proteção do direito do consumidor e da sociedade em geral. O fato é que qualquer pessoa física ou jurídica pode atuar livremente no mercado de trabalho, podendo exercer qualquer profissão, entrando ou saindo do mercado em qualquer tempo sem a interferência do Estado. Isso não quer dizer que o particular está livre para exercer sua atividade de qualquer forma, cometendo abusos e infringindo as normas. O Estado tem o poder-dever de regular a atividade econômica, inclusive intervir na economia quando necessário para evitar os referidos abusos em face do consumidor e da sociedade.

O que se discute exatamente é: qual o limite da intervenção do Estado? Como intervir equilibradamente, a fim de não ultrapassar os limites do estritamente necessário?

Uma intervenção equivocada que ultrapasse o mínimo necessário pode influenciar negativamente o mercado e desregular a atividade econômica, provocando efeitos desastrosos para o consumidor e a sociedade como: aumento de preços, falta de produtos, desestímulos para investimentos, aumento do desemprego e desequilíbrio econômico.

No caso em tela o magistrado ultrapassou o limite do mínimo necessário. Na verdade, o magistrado sequer analisou qual seria esse limite mínimo. Com a criatividade jurídica que é peculiar do ativismo jurídico, interviu diretamente no mercado, tabelando preço e controlando a oferta do serviço.

O princípio da livre-concorrência é a base do liberalismo econômico e um dos corolários do fundamento da livre-iniciativa. Sem a livre-iniciativa, por obvio não há que se falar em livre-concorrência. Concorrência significa a disputa saudável por partes do mercado em determinado seguimento da economia. É dever do Estado tutelar esse princípio, intervindo na economia se necessário. Mais uma vez aparece a necessidade de se observar o limite adequado dessa intervenção. Segundo Figueiredo[86], *"cuida-se, assim, da proteção conferida pelo Estado ao devido processo competitivo em sua Ordem Econômica, a fim de garantir que toda e qualquer pessoa que esteja em condições de participar do ciclo econômico de determinado nicho de nossa economia, dele possa, livremente, entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de interesse de terceiros."*

Veja que no caso analisado existe uma interferência direta de um terceiro estranho as relações de mercado, o juiz. O juiz nesse caso representa um terceiro que usurpa a função do órgão competente para regulamentar a atividade econômica com o fundamento de que somente assim o fez por omissão do Estado Regulador. Conquanto, deve-se ponderar se o Estado Regulador que é quem tem

---

[86] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro. Ed. Forence. 7ª. Ed. 2014. P.77.

em suas mãos todos os instrumentos técnicos necessários para tomar a decisão de intervir quedou-se inerte por que não era caso realmente de intervenção.

Lembre-se que tudo isso teve como pano de fundo o princípio da defesa do consumidor. Esse, por sua vez, é o corolário da livre concorrência. O consumidor é peça fundamental do ciclo econômico. Representa sua base e, portanto, para que se garanta a perenidade e a saúde do mercado há que se preservar o consumidor. A decisão analisada, a despeito de invocar a tutela da defesa do consumidor, fez exatamente o contrário. O julgador apresentou argumentos que careciam de qualquer fundamentação técnica, se limitando apenas na retórica e na sua capacidade criativa.

É possível analisar essa decisão sob diversos aspectos e, de plano, já inferir alguns resultados nefastos do ato jurídico. Ao tabelar os preços das passagens aéreas no trecho Brasília/Imperatriz-MA por um período específico, o juiz estimular o aumento de preços nos períodos em que ficou de fora do tabelamento, fazendo com que os consumidores que viajam em outras épocas do ano arque com esse prejuízo. É possível que a companhia aérea impute esses custo até mesmo para outros passageiro de outras linha de voo, fazendo com que quem não utiliza essa rota Brasília/Imperatriz-MA arque com seus custos. Por fim, ainda exemplificando os efeitos desastrosos de uma decisão como essa, a companhia aérea pode simplesmente deixar de operar a linha caso entenda que ela não seja mais economicamente viável, o que por obvio seria uma tragédia para o consumidor.

Esse fato pode ser explicado pela ausência de critério técnico adotado na decisão que pudesse embasar o valor do limite do preço da passagem aérea estipulado pelo magistrado.

A determinação do preço de um bem é matéria afeta as ciências econômicas e não a hermenêutica jurídica. Para se calcular o preço de um bem é necessário ponderar e definir alguns aspectos como custos dos produtos, mercado, concorrência efetiva e potencial. O preço de mercado em regra é definido pelos princípios da oferta e pela demanda. Esse preço de mercado é concretizado pela empresa a partir dos seus parâmetros individuais, de maneira

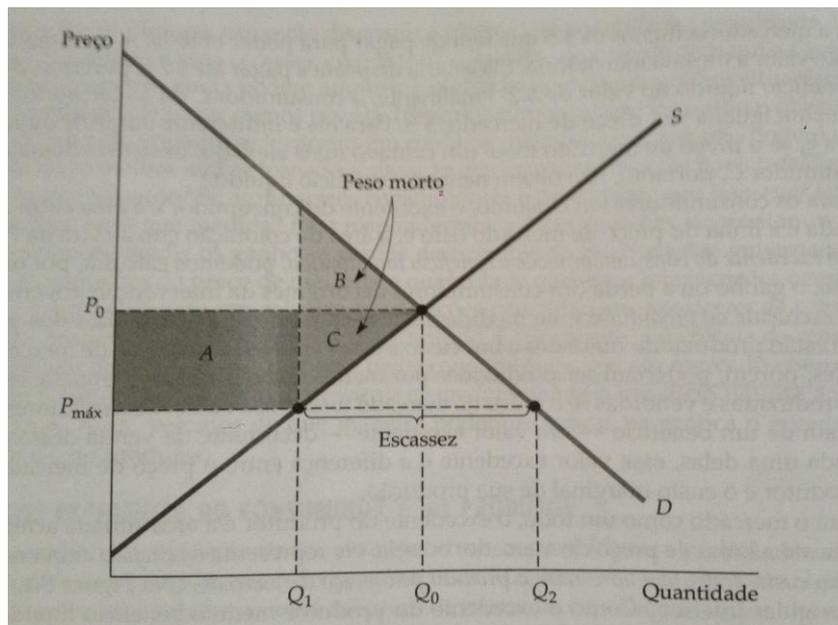
que o aumento dos lucros se dá até o ponto em que o custo marginal se iguala ao preço.

Evidentemente que vários fatores influenciam na fixação do preço e algumas teorias contribuem para sua compreensão como: teoria do consumidor que analisa o comportamento do consumidor e suas preferencias; teoria da empresa que estuda os fatores de produção, capital e trabalho a fim de produzir os bens a serem ofertados para os consumidores que estão dispostos da consumi-los; teoria da produção que estuda a transformação da matéria prima no produto final a ser colocado no mercado.

Nada disso foi analisado ou levado em consideração na decisão judicial. O magistrado para chegar a conclusão que o preço da passagem aérea nos meses de janeiro e dezembro não poderia ultrapassar o valor de R$ 858,00 na rota Brasilia/Imperatriz-MA e R$ 326,00 na rota Imperatriz-MA/São Luiz-MA e que 50% dos assentos deveriam ser ofertados com esse preço, valeu-se apenas de argumentos jurídicos e não fez qualquer analise microeconômica que fundamentasse sua decisão.

Apenas para ilustrar demonstraremos em um caso hipotético, qual são os efeitos da intervenção estatal de tabelamento de preço na atividade econômica.

Analisemos a figura[87] abaixo:

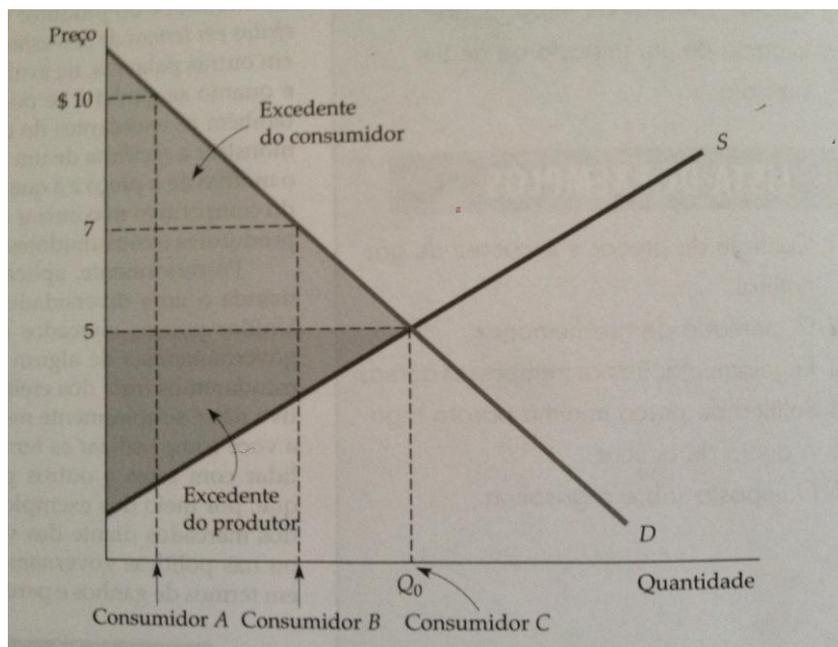
[87] Tabela extraída de PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. São Paulo : Pearson Education do Brasil. 7a. Ed. 2010.

Tal figura representa os efeitos do controle de preço pelo Estado dado determinada curva de oferta S e de demanda D, para P0 e Q0. A partir do momento em que o Estado, achando que P0 está muito alto, determina que o preço máximo a ser cobrado pelo bem vai ser no máximo Pmax, haverá uma diminuição de oferta para Q1 e um aumento da demanda para Q2. O intervalo entre Q1 e Q2 (Q2 – Q1) representa o excesso de demanda, o que acarreta uma escassez do produto. De fato, com o tabelamento de preço, algumas pessoas ganham, mas outras perdem. Os fornecedores evidentemente perdem porque passam a ofertar seus produtos com preços menores e podem até retirar-se do mercado, haja vista o desinteresse de continuar produzindo naquele determinado preço. Alguns consumidores ganham, visto que adquirirão os produtos a um preço menor, no entanto outros consumidores serão prejudicados porque sequer adquirirão os produtos em face da escassez.

O ponto importante de discussão é: será que os ganhos totais de quem foi beneficiado com a intervenção estatal é maior do que as perdas totais de quem foi prejudicado? Essa pergunta não pode ser respondida com retórica jurídica, mas com métodos científicos apresentados pela microeconomia, cuja finalidade é exatamente aferir os ganhos e as perdas do tabelamento de preço.

Esse método consiste em aferir as variações existentes nos excedentes do consumidor e do produtor oriundas da interferência estatal. Excedente do consumidor é o benefício liquido agregado obtido por todos os consumidores em um determinado mercado. O excedente do produtor é o benefício liquido agregado obtido pelos produtores em um determinado mercado.

Entende-se por excedente do consumidor aquele valor que ele estaria disposto a pagar que supera ou excede o valor dado pelo mercado. Vamos supor que o valor de mercado de uma passagem aérea para o trecho Brasília/Imperatriz-MA seja de R$ 250,00. Alguns consumidores podem valorar esse bem em montante superior aos estipulado pelo mercado, exemplo, R$ 400,00. Isso que dizer que como ele valora em R$ 400,00 e paga efetivamente R$ 250,00 ele tem um ganho (excedente) de R$ 150,00, que é o que se chama de excedente do consumidor. O excedente do produtor é uma medida muito parecida com o excedente do consumidor, mas analisado de maneira inversa. Imagine que um produtor produza e venda diversos bens a preço de mercado, contudo alguns desses bens poderiam ser produzidos e vendidos a um preço inferior ao de mercado. A diferença entre os valores recebidos pelos produtos a preço de mercado e o custo marginal da sua produção é o excedente do produtor.

Observe o gráfico[88] abaixo:

[88] Tabela extraída de PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. São Paulo : Pearson Education do Brasil. 7a. Ed. 2010.

O benefício total para os consumidores, que chamamos de excedente do consumidor, é representado pelo sombreado que está entre a curva de demanda e o preço de mercado. Já o excedente do produtor que mede o benefício total dos produtores está representado pelo sombreado inferior localizado entre a curva de oferta e o preço de mercado.

Quando analisamos a intervenção estatal a luz desse método, algumas impressões previas ficam mais claras e portanto os erros primários de uma decisão judicial como a que estamos analisando deixam de ocorrer.

Conforme dito, são os excedentes do consumidor e do produtor que nos permite analisar se a intervenção estatal foi benéfica ou prejudicial para a sociedade. A análise é muito simples. Se a intervenção estatal gerar uma variação liquida do excedente positiva a intervenção foi eficiente, no entanto, se ocorrer uma variação liquida negativa a intervenção foi ineficiente.

Vamos ilustrar a teoria. Observe o gráfico abaixo e veja que para P0 (preço de equilíbrio de mercado) tem-se Q0, uma quantidade X de consumidores e uma quantidade X de produtos produzidos. Quando o estado intervém na economia alegando, por exemplo, que o preço de mercado não é um preço justo a ser pago pelos consumidores e, portanto, imputa aos produtores um preço

máximo de venda, o primeiro efeito que se percebe é um desestímulo ao produtor em produzir na mesma quantidade anterior, o ponto se desloca de Q0 para Q1. O segundo efeito é um aumento da procura desse bem por parte dos consumidores em face do menor preço, deslocando o ponto de Q0 para Q2. A consequência é obvia, com o aumento da demanda e a diminuição da oferta tem-se um escassez do produto, que é representada pelo intervalo entre Q1 e Q2.

Quando o preço de mercado é diminuído por força de imposição do Estado, saindo de P0 para Pmáx, observa-se que alguns consumidores serão beneficiados porque pagarão um preço menor do que o preço que eles estavam dispostos a pagar, ou seja, existe excedente do consumidor que é representado pelo quadrante A. Por outro lado, alguns consumidores serão prejudicados, tendo em vista que não haverá para eles produtos a serem adquiridos por causa da escassez, situação representada pelo triângulo B. Neste caso, como o triangulo B é menor que o quadrante A, existe uma variação liquida positiva no excedente do consumidor (A – B > 0), de maneira que a intervenção estatal foi eficiente, ocasionado, a princípio, um efeito positivo no bem-estar dos consumidores.

Ainda precisamos analisar os efeitos da intervenção estatal sob o ponto de vista dos produtores. Com a imposição de um preço mais baixo pelo Estado, alguns produtores, aqueles com menores custos de produção, permanecem no mercado e outros preferem sair, ocorrendo uma perda de excedente do produtor generalizada. A perda do excedente do produtor relativa aos produtores que saíram do mercado e daquele que permaneceram produzindo a uma quantidade menor estão representados pelo triangulo C. Além da perda do excedente oriunda da diminuição da quantidade produzida existe uma perda, representada pelo quadrante A, do excedente do produtor em face da diminuição do preço. Anteriormente, os produtores recebiam um valor maior por cada produto. A variação total do excedente do produtor é –A–C. Resta claro, portanto, que sob o ponto de vista do produtor a perda é generalizada e os efeitos de uma intervenção estatal de imposição do preço abaixo do ponto de equilíbrio do mercado é desastrosa para os produtores.

Vimos que para o consumidor, a política de intervenção no preço pode ser eficiente[89], mas para o produtor não é. Falta ainda analisar a soma de todos os ganhos e das perdas dos consumidores e dos produtores para sabermos como é o resultado da política intervencionista para a sociedade em geral. Assim se somarmos o ganho dos consumidores com as perdas dos produtores percebemos que o resultado geral é ruim para a sociedade, o que significa uma perda liquida do excedente total.

No caso concreto que é objeto de estudo, fica fácil perceber que o magistrado proferiu decisão arguindo a defesa do consumidor, sem contudo fazer a análise técnica devida. O julgador não observou as condições de demanda e oferta do serviço, não verificou como se comporta a elasticidade da demanda para aquele produto no seu mercado relevante e, muito menos, analisou qual os efeitos que sua decisão provocaria em relação aos excedentes gerais do consumidor e do produtor. A decisão foi tomada pura e simplesmente com base em argumentos jurídicos econômicos, quando não equivocados, superficiais. O referido ato judicial pautou-se pela retorica e não pela técnica. A crítica aqui não se refere apenas a falta de tecnicismo da decisão, mas também e, principalmente, ao modelo ativista de julgamento adotado pelas cortes brasileiras. Modelo esse que muitas vezes ultrapassa os limites da sua competência, entrando em um campo de conhecimento completamente diferente, sem possuir a capacidade técnica necessária.

CONCLUSÃO

Conforme vimos, o ativismo judicial é uma atitude proativa em relação a tradicional forma de atuação do judiciário a fim de buscar a concretização e finalidades insculpidas na Constituição Federal, de maneira que sua atuação muitas vezes perpassa sua função institucional interferindo de maneira mais intensa nas competências dos outros poderes, sob alegação de omissão. Trata-se

[89] Não se está analisando a elasticidade da demanda. Nos casos em que a intervenção do estado é feita em um mercado onde a demanda é inelástica os prejuízos para os consumidores superam os benefícios.

de interpretar a constituição criativamente e, por muitas vezes, constitucionalizar direitos o que dá uma característica construtiva a teoria. Contudo, por ser também o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, apresenta vários riscos que quando desprezados, a atuação jurisdicional pode ser totalmente destrutiva no sentido do bem-estar da sociedade.

O que se pode perceber com a análise do caso concreto é que a despeito da suposta omissão do órgão regulador em regular o mercado de aviação civil principalmente no mercado relevante específico da linha Brasília/Imperatriz-MA e Imperatriz-MA/São Luiz-MA, o magistrado proativamente em resposta a uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, ultrapassou os limites impostos pelo ordenamento jurídico e, criativamente, sob a alegação principal de defesa do consumidor, proferiu decisão que interfere diretamente no ponto de equilíbrio do mercado.

A decisão carece de fundamentos técnico econômicos essenciais para o deslinde da controversa. Trata-se de matéria multidisciplinar com preponderância econômica, mas que foi decidida única e exclusivamente com hermenêutica jurídica. É como se fossemos construir um edifício com médicos receitando remédios e não com engenheiros.

Com o método do excedente do consumidor e do produtor foi possível perceber qual o tipo de análise exigida pelo caso. Pode-se perceber que a definição do preço de mercado tem uma série de fundamentos que explicam o porque aquele era o preço do equilíbrio e uma interferência indevida pode beneficiar alguns consumidores e prejudicar muitos outros. Ainda, pode prejudicar os produtores a ponto dos mesmos decidirem por retirar-se do mercado ou produzir menos, o que acarretará uma escassez do produto.

No caso em tela, se a decisão de tabelamento de preço prevalecesse, existiria um grande risco de não mais haver as linhas aéreas Brasília/Imperatriz-MA e Imperatriz-MA/São Luiz-MA. Como as companhias aéreas não são obrigadas a operar no prejuízo, poderiam diante da situação deixar o mercado, fazendo com que os consumidores chegassem a Imperatriz do Maranhão

somente via terrestre. Observe que todo o excedente (benefício) da relação de mercado teria sido extinta por uma decisão proativa equivocada. Todos teriam prejuízo, as companhias aéreas, a sociedade como um todo, mas principalmente os consumidores que o juiz estava tentando proteger.

BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.

CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro. Ed. Forence. 7a. Ed. 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: RT, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. São Paulo: Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: São Paulo. Ed., 2012.

PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. São Paulo : Pearson Education do Brasil. 7ª. Ed. 2010.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ATIVISMO JUDICIAL EM ANÁLISE: ADPF 54 – Aborto em Feto Anencefálico

Arthur Augusto de Lima Queiroz[90]
DOI 10.11117/9788565604567.07

RESUMO: O presente artigo analisa o fenômeno do ativismo judicial sob enfoque na Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) número 54, que trata da antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. O argumento principal é que a decisão sobre o aborto, neste caso, por questão de direitos humanos e até sentimento humanístico, caberá à mãe gestante, tendo em vista a absoluta impossibilidade de vida extrauterina. Aduz-se também, que não há o que se falar em aborto como crime, visto que, o direto salvaguarda a "vida", e esta em seu conceito está ligada á atividade cerebral, sendo assim, ao feto anencéfalo, devido a sua anomalia, é absolutamente incompatível com a vida. No que tange ao ativismo da questão, tratar-se-á de analisar os votos dos ministros, que por decisão inovadora, conferiu precipuamente à mãe, a decisão de por fim a gestação, que além de tudo poderia causar riscos a sua saúde. Critica-se neste caso, a hipótese do Poder Judiciário estar extrapolando suas funções constitucionais e legislando, somente para atender ao clamor social imediatista, função esta que caberia ao Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: ATIVISMO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITOS HUMANOS. ABORTO TERAPÊUTICO. ANENCEFALIA.

ABSTRACT: This article examines the phenomenon of judicial activism under focus on complaint of breach of fundamental precept ADPF number 54, which

---

[90] **ARTHUR AUGUSTO DE LIMA QUEIROZ:** Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pelo Instituto Aphonsiano de Ensino Superior (IAESup), Bacharel em Direito, formado pela Universidade Salgado de Oliveira- Campus de Goiânia. Árbitro-conciliador formado pela Escola Superior de Magistratura do Estado de Goiás. Exerce as funções de Coordenação do Serviço de Cerimonial Universitário do Instituto Aphonsiano de Ensino Superior, ministra aulas de Direito e Legislação Trabalhista ao Curso de Gestão em Recursos Humanos e RH, pelo IAESup, é Coordenador de Apoio discente-docente do Instituto Aphonsiano de Ensino Superior.

deals with the therapeutic anticipation of delivery of anencephalic fetus. The main argument is that the decision on abortion in this case, as a matter of human rights and even humanistic sense, fit to the pregnant mother, in view of the absolute impossibility of extrauterine life. It also adds that there is no need to speak of abortion as a crime, since the direct safeguard "life", and this concept is linked in your brain activity, so the anencephalic fetus, due to its anomaly , is absolutely incompatible with life. Regarding the issue of activism, to analyze the votes of ministers, which by innovative decision as primarily given to the mother, will treat the decision of ending the pregnancy, that besides all could cause risks to your health. Criticizes this case, the hypothesis of the Judiciary be extrapolating its constitutional functions and legislating, only to meet the immediate public outcry, that this function would be for the Legislature.

KEYWORDS: JUDICIAL ACTIVISM. FEDERAL CONSTITUTION. HUMAN RIGHTS. THERAPEUTIC ABORTION. ANENCEPHALY.

Ativismo Judicial

Novos anseios e novas proporções tomaram conta do ato de julgar. A necessária inquietude em atualizar as formas de se fazer justiça, fez com que iniciasse nos Estados Unidos, um fenômeno conhecido como "ativismo judicial" (*judicial activism*).

Este ativismo judicial americano é visto pelos doutrinadores como uma interferência do Poder Judiciário nas questões ligadas às políticas públicas. Segundo Richard W. Garnett, "o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão." [91]

O termo ativismo judicial é utilizado politicamente com o fulcro de denegrir decisões emanadas das Cortes as quais contrariam as vontades políticas. Vê-se, nesse caso, a estreita ligação entre atividade política e decisões

[91] GARNETT, Richard W. *Debate: judicial ativism and its critics. University of Pennsylvania Lam Review,* 2006. v 155, p. 112.

que contrariam essas atividades. Portanto, o ativismo judicial nos Estados Unidos da América compreende precipuamente as decisões que invadem a esfera de políticas públicas.

Aos poucos, o fenômeno surgiu se desenvolveu e expandiu-se para outros Países, inclusive o Brasil, que ainda não possui uma conceituação fidedigna e absoluta, conforme cita o professor Paulo Gustavo Gonet Branco:

> As referências ao que se tem designado como *ativismo judicial* refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus contornos. Nem mesmo se encontra um consenso em torno de saber se refere a uma atitude desejável ou negativa. O risco disso está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e a julgar instituições e a formar opiniões políticas sobre bases dissolventes da mistificação. [92]

No âmbito da ciência do Direito, ele é empregado para designar que o poder judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

Desta ideia, se extrai que ativismo tende a ser o ato de “agir”, “atuar” do Judiciário, mesmo que não se admita muitas das vezes conceituar o fenômeno para não ficar presos a determinadas regras. O ativismo é também uma liberdade consciente e prudente, com respeito aos princípios constitucionais, como cita Elival da Silva Ramos, em que “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”[93]

A professora Vanice Regina Lírio do Valle, em sua obra Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal, assim descreve:

---

[92] Extraído do Artigo O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de Arthur Bezerra de Souza Junior e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87BRANCO. *Acesso em 15 de agosto de 2014.*

[93] RAMOS, Elival da Silva, O*p. cit*.70.

> A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary*, evidencia que, já de origem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos. [94]

A autora ainda facilita o estudo, reconhecendo cinco principais conceituações do termo ativismo judicial, de uso corrente na atualidade:

> a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes;
> b) estratégia de não aplicação dos precedentes;
> c) conduta que permite aos juízes legislar "das salas das sessões";
> d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação;
> e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados.

As atuais demandas do Direito, não são atendidas pelo formalismo ultrapassado do Código de Processo Civil Brasileiro. Paulo Sérgio Souza Andrade, cita um fenômeno chamado de "Flexmanipulação do rito processual" (ANDRADE, 2014, p. 17 e 23), o que pode ser aferido através das seguintes *categorias analíticas* criadas com denominações típicas de institutos do direito processual civil:

> I) Redução de prazos peremptórios;
> II) Relativização do princípio da inércia;
> III) Busca por resultados estatísticos;
> IV) Flexibilização do rito processual;
> V) Racionalização de recursos.

Pretende-se com o presente artigo, estudar a legitimidade de tal postura e quais as suas vantagens e seus riscos, respondendo às críticas feitas ao ativismo,

[94] ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/15_639.pdf Acesso em 15 de agosto de 2014.

relacionando com o caso da ADPF 54, que levantou discussões sobre os limites dos poderes judiciário e legislativo.

ADPF 54 – Antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico.

No sumário da Ação de Descumprimento de Preceito fundamental citado pela parte Arguente, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, cita, em nota prévia, que a "Antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico não é aborto", devido à anencefalia inviabilizar a vida do feto.

A questão suscitou um debate de grandes proporções. Engajaram-se na luta, movimentos feministas, religiosos, médicos e movimentos de direitos humanos.

A chamada anencefalia é uma grave malformação fetal que resulta da falha de fechamento do tubo neural (a estrutura que dá origem ao cérebro e a medula espinhal), levando à ausência de cérebro, calota craniana e couro cabeludo. A junção desses problemas impede qualquer possibilidade de o bebê sobreviver, mesmo se chegar a nascer.

Estimativas médicas apontam para uma incidência de aproximadamente um caso a cada mil nascidos vivos no Brasil. Cerca de 50% dos fetos anencéfalos apresenta parada dos batimentos cardíacos fetais antes mesmo do parto, morrendo dentro do útero da gestante, de acordo com dados da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo).[95]

Um pequeno percentual desses fetos apresenta batimentos cardíacos e movimentos respiratórios fora do útero, funções que podem persistir por algumas horas e, em raras situações, por mais de um dia. O diagnóstico pode ser dado com total precisão pelo exame de ultrassom e pode ser detectado em até três meses de gestação.

[95] A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. Debora Diniz, Janaína Penalva, Aníbal Faúndes, Cristião Rosas. Disponível em: http://www.febrasgo.org.br/site/?p=890 Acesso em 21 de agosto de 2014.

A ADPF, foi encaminhada ao Supremo Tribunal Federal, após longo processo que Gabriela Oliveira Cordeiro movia. Gabriela estava gestante de um feto anencefálico, entrou com um pedido de autorização judicial do aborto perante o juiz de direito de Teresópolis. A autorização foi negada. Em apelação ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a autorização foi concedida, mas logo depois cassada. O caso arrastou-se para o Superior Tribunal de Justiça, que negou novamente a autorização, até que foi parar no STF, por meio de um habeas corpus impetrado pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e pela Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, onde finalmente foi concedida a autorização. Nesse tempo, porém, Gabriela já tinha dado à luz ao bebê, que morreu sete minutos após o parto.

A CNTS, mostrou-se aflita com a possibilidade de criminalização dos profissionais da saúde por interromperem a gestação de fetos anencefálicos, uma vez que não havia segurança jurídica sobre o assunto, por isso, encaminhou a ADPF ao Supremo, pedindo que a questão fosse regularizada e que fosse autorizada a interrupção quando esta fosse consentida pela gestante. A categoria médica entende que, em se tratando de *fetos anencefálicos*, *não há porque se falar em aborto*, pois tal termo pressupõe a possibilidade de vida extra uterina o que, no caso dos bebês anencefálicos, não acontece. De acordo com o registrado na decisão do STF, a CNTS

Ainda no caso, com base em nos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde, assim, citava no bojo da decisão do Ministro relator o fato de o prolongamento da gestação "impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá", tal fato violava as vertentes da dignidade humana, do direito à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde da mãe.

Assim, na petição, a Comissão pede que se tomem como inconstitucionais as interpretações dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal que os tenham como impeditivos à antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, uma vez que eles violam os direitos subjetivos da mulher de decidir sobre a sua

saúde, e que seja proferida súmula vinculante com relação ao assunto, de modo a dar segurança jurídica ao ato dos profissionais da área médica.

No dia 12 de abril de 2012, após longo processo de deliberação, o STF decidiu, por oito votos a dois, pela autorização da antecipação terapêutica dos fetos anencefálicos, acatando as justificativas legais apontadas na petição feita pela CNTS, e proferindo súmula vinculante. A decisão foi acompanhada de muita polêmica. Além de toda a questão moral envolvida, que diz respeito ao direito à vida e às concepções religiosas da maior parte da população brasileira, muitos estudiosos do direito criticaram a postura ativista do Tribunal, afirmando que ele estaria realizando funções que não são de sua competência, mas do Legislativo. É a essas críticas que este trabalho se volta.

Alguns argumentos, em especial levantados pela Igreja Católica, mostraram-se completamente contrários à possibilidade de aborto de fetos anencefálicos. Para tanto, valeram-se do fato de o feto já poder ser considerado um ser humano e deve ter seu direito à vida respeitado; à possibilidade de vida extrauterina, mesmo que por pouco temo, a inovação representaria a tênue linha para a legalização do aborto em outras, ou mesmo que o aborto de fetos anencefálicos seria um tipo de aborto eugênico, isto é, uma espécie de aborto preconizada por regimes ditatoriais e segregatistas como o nazista, no qual se eliminariam indivíduos com deficiências físicas ou mentais, em uma forma de purificação da raça.

Sobre as críticas, em seus votos, os ministros trataram se esquivar de prolongar qualquer comentário contra a medida. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, expôs:

> Concepções religiosas não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa ou a ausência dela serve precipuamente para ditar a vida privada do indivíduo que a possui. Paixões religiosas de toda a ordem hão de ser colocadas à parte das decisões do estado.” [96]

---

[96] Disponível na íntegra em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661 Acessado em 20 de agosto de 2014.

Ainda em análise, Mello também citou os riscos que a gravidez traz à mulher e apoiou-se no texto Penal Brasileiro, que permite à mulher que corre risco de vida abortar o feto mesmo que esse seja completamente viável.

> Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [97]

Sendo assim, não faria sentido, então, proibir uma situação semelhante e em que não há violação do Direito à Vida, previsto na Constituição de 1988.

Embasou ainda suas decisões, em relatos de especialistas que consideram um "natimorto neurológico", reafirmando que ele não poderá sobreviver fora do corpo da mãe. Em síntese à essa argumentação, Mello disse que "anencefalia é incompatível com a vida".

Criticado no debate, sobre as possíveis falhas no diagnóstico, alegou que o SUS (Sistema Único de Saúde), tem profissionais aptos a fazer o diagnóstico com certeza sobre a anencefalia a partir da 12ª semana de gestação e que não serão abertas exceções para outras anomalias genéticas.

Em suma, devido à impossibilidade de se transcrever os votos de todos os Ministros, é importante analisar certos pontos considerados com grau de ativismo judicial, segundo algumas opiniões.

Uma importante análise, da Ministra Rosa Weber, que, por ser mulher, se colocou como defensora da vida em sua plenitude. Porém, pôs-se a defender a hipótese do aborto terapêutico, por decisão da mãe, por ser o feto anencefálico improvável de vida extrauterina. Se a medicina define como vida, o funcionamento cerebral, a medicina o define como morto, inviável seria a vida com a falência deste órgão causaria a falência dos demais órgãos.

Irreversível seria a funcionalidade cerebral sem conexões o corpo, a matéria, o órgão cérebro. Ora, se o feto anencefálico é impossibilitado à vida, este

---

[97] Disponível em http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/relator-vota-no-stf-pela-legalidade-do-aborto-de-feto-sem-cerebro.html Acessado em 20 de agosto de 2014.

não seria objeto do direito, tampouco de um crime contra a vida, o aborto em tese.

Colocando-se como mulher e mãe, demonstrou o sofrimento que o prolongamento da gestação pode causar à gestante.

> A gestante deve ficar livre para optar sobre o futuro de sua gestação do feto anencéfalo", sustentou a ministra Rosa Weber. "Todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos", sustentou ainda a ministra.[98]

Segundo a Ministra Carmem Lúcia, a escolha não é fácil, e a situação é difícil, entende que "*todas as opções são de dor. Exatamente fundado na dignidade da vida neste caso acho que esta interrupção não é criminalizável."*

Além do Ministro Marco Aurélio, votaram a favor da prática os ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Divergiram da maioria dos ministros o presidente do STF, Cézar Peluso e Ricardo Lewandowski, **cujo voto abaixo transcrito:**

> Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido.

A principal crítica está presente ao fato do STF "maior órgão judicante do país envergar as vestes de legislador criando normas legais", Ainda aduz que não é dado aos integrantes do Poder Judiciário promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

Nota-se que o STF, ao autorizar o aborto nesta hipótese, esteve altamente imbuído de princípios humanísticos, decidindo que é **incompatível** com a

---

98 Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755. Acesso em 20 de agosto de 2014.

Constituição a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

Conclusão

Apresenta-se no Estado constitucional democrático, a premissa de que Juízes e Tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas, o Legislativo e o Executivo, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas.

Salienta-se que não será algo corriqueiro ou trivial à Corte Suprema Brasileira, o ativismo será visto como "obrigação" sempre que o Judiciário estiver atuando para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente, ele estará legitimada a agir.

A expressão "obrigação" pode soar um tanto invasiva e desrespeitosa ao judiciário, mas não. Atualmente, o Poder Judiciário é visto como antiquado e intransigente, e ao atender aos novos clamores sociais, ele estaria sendo ativista ao ponto de que no conflito de direitos fundamentais, utiliza os princípios gerais como cerne, também não se abstendo de analisar o fato com um pouco mais de "compaixão" em determinados casos.

Pode-se concluir, que com o caso da ADPF 54, o STF, levantou uma nova hipótese de impunidade ao aborto, o chamado aborto eugênico, como um tipo de aborto preventivo executado em casos em que há suspeita de que a criança possa nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias, implicando em uma técnica de interrupção abrupta da gravidez.

Reza o parágrafo 2.º do artigo 103 da Constituição Federal que "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das

providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".[99]

Como se vê, nem por omissão inconstitucional do Congresso poderia a Suprema Corte legislar positivamente, devendo neste caso comunicar ao Congresso Nacional que sua omissão seria inconstitucional; não aplicar nenhuma sanção, se o Congresso não produzisse a norma; não definir qualquer prazo para que o faça; e não produzir a norma não produzida pelo Parlamento.

Ao contrário do que vários juristas discutem, o Supremo não está julgou a descriminalização do aborto dos anencéfalos. Primeiro, porque não seria o caso de descriminação. Na descriminação algo deixa de ser crime, mas continua sendo um delito (contravenção penal). Segundo, porque, no Brasil, apenas o Congresso Nacional pode legislar a respeito de delitos. O STF não poderia modificar a lei penal, criando uma nova possibilidade para que se possa fazer o aborto.

O que o STF está fazendo é julgar se a remoção de um feto anencefálico é ou não aborto. Se for, continua sendo crime até que o Congresso mude a lei penal. Se não for aborto, não é crime. Bastando-se no tema, a análise do que é anencefalia e a discussão de seus aspectos prós e contra.

Ora, se a Constituição Federal fala em independência e harmonia entre os poderes da República (artigo 2.º), não poderia autorizar a Suprema Corte a revestir-se de funções legislativas para produzir normas, autorizar o aborto autorizando o aborto por anencefalia dos nascituros, seria admitir que o Supremo autorizasse um crime, sem que este fosse destipificado pelo Legislativo.

Neste panorama dividido, entre o criticado ativismo pelos conservadores e questões de valor moral, o Supremo vem se utilizando cada vez mais da cautela em demasia ao não ouvir tanto as opiniões publicas e técnicas, das mais diversas entidades, como forma firmar o seu entendimento sobre o assunto, e não resolvendo o caso por pressão social ou até mesmo por obrigação de inovar em suas decisões.

---

[99] Lei número **LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 20 de agosto de 2014.

Referencial teórico

A ADPF 54 – ABORTO ANENCEFÁLICO. Disponível em http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/relator-vota-no-stf-pela-legalidade-do-aborto-de-feto-sem-cerebro.html Acessado em 20 de agosto de 2014.

A MAGNITUDE DO ABORTO POR ANENCEFALIA: UM ESTUDO COM MÉDICOS. Debora Diniz, Janaína Penalva, Aníbal Faúndes, Cristião Rosas. Disponível em: http://www.febrasgo.org.br/site/?p=890 Acesso em 21 de agosto de 2014.

Anencefalia. Enciclopédia e Dicionário Koogan Houaiss. p. 52

Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. BARROSO, Luís Roberto. (2008) Revista Consultor Jurídico, 22 dez. http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos. RAMOS, Elival da Silva, 2010. Editora Saraiva.

ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/ brasilia/15_639.pdf Acesso em 15 de agosto de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Renovar,2001. Tomo I. p. 363-366

DIREITO FOLHA (11 de abril de 2012). **Para entender o julgamento do aborto dos anencéfalos pelo STF**. Folha de S. Paulo. Disponível em: http://direito.folha.uol.com.br/blog/para-entender-o-julgamento-do-aborto-dos-anencfalos -pelo-stf. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

FERREIRA, Lícia Mayra Coelho; ALVES, **Dafne de Araújo. A arte da decisão e o caso dos fetos anencefálicos: uma abordagem sociológica. Jus Navigandi,** Teresina, ano18, n.3635, 14 jun. 2013.Disponível em: <http://jus.com.br/artigos /24699>. Acesso em: 29 agosto. 2014.

GARNETT, Richard W. *Debate: judicial ativism and its critics. University of Pennsylvania Lam Review,* 2006. v 155, p. 112.

Gazeta do povo: A ADPF 54 e o ativismo judicial do STF. Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1246167. Acessado em 23 de agosto de 2014

GOMES, Luiz Flávio. (2009), "**O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?".** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun., http://jus.com.br/revista/texto/12921. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1246167

LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 20 de agosto de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. (2009), **Curso de Direito Constitucional,** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 4 ed., ver. e atual., São Paulo, Saraiva

NOTÍCIAS STF: **Ministros Rosa Weber e Joaquim Barbosa seguem o relator e julgam procedente a ADPF 54** Disponível em: http://www.stf.jus.br /portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755. Acesso em 20 de agosto de 2014.

O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de Arthur Bezerra de Souza Junior e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87BRANCO. Acesso em 15 de agosto de 2014.

Os Constitucionalistas. Conversas acadêmicas: **Gilmar Mendes e a Jurisdição Constitucional (II)**. Disponível em: http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii. Acessado em 23 de agosto de 2014.

PLENO - JULGAMENTO DA ADPF 54 SOBRE INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO (1/5), Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IqSRM-dR10A, Acesso em 20 de agosto de 2014.

ATIVISMO JUDICIAL

Jacob Fortes de Carvalho Filho

Os Estados Unidos são o berço do ativismo judicial. Não se pode, portanto, tratar do tema ou investigá-lo sem antes tecer comentários acerca do ativismo norte-americano. Predomina naquele país o entendimento de que a expressão "ativismo judicial" foi usada pela primeira vez pelo historiador Arthur Schlesinger Jr, em artigo intitulado "The Supreme Court: 1947", publicado na Revista "Fortune" daquele mesmo ano. O texto, inaugurando o debate sobre ativismo judicial, fazia uma análise da composição da Corte Suprema no ano de 1947. De acordo com Schelesinger, o Tribunal Constitucional era formado por dois grupos distintos de magistrados: os ativistas e os autorrestritivos.

A corrente que defendia o ativismo julgava de acordo com sua própria vontade, sobrepondo-se à do legislador, especialmente em benefício dos direitos e das liberdades das minorias. Já os adeptos da autorrestrição judicial adotavam postura mais comedida, em observância aos ditames da lei. Não obstante o antagonismo nas decisões da Corte Suprema datar de 1947, situações semelhantes ainda podem ser constatadas nos dias atuais, inclusive no Brasil. É o caso por exemplo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese os posicionamentos não se apresentarem com tanta discrepância como outrora, as Primeira e Segunda Turmas da Corte Constitucional Brasileira costumavam divergir com bastante frequência em seus julgados. O mesmo se diga a respeito das turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça. Historicamente, a Quinta Turma tem por hábito adotar posicionamentos mais conservadores, em observância ao desejo do Legislativo, aproximando-se assim dos chamados autorrestritivos; ao passo que a Sexta Turma costuma revelar-se mais principiológica, muitas vezes decidindo em benefício do réu a partir da aplicação de princípios, evidenciando, assim, traços de ativismo.

A decisão proferida em 1803, no caso *Marbury v. Madison,* em que a Suprema Corte Americana, por julgar inconstitucional, afastou a aplicação de dispositivos de lei federal, é considerada por muitos estudiosos um ícone do ativismo judicial e do controle de constitucionalidade. No episódio, William Marbury, nomeado nos últimos dias do mandato do Presidente democrata John Adams ao cargo de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado James Madison que, seguindo ordens do sucessor republicano à Casa Branca Thomas Jefferson, impediu Marbury de assumir o posto a que fazia jus.

A Corte Constitucional, mediante o voto da lavra do Relator John Marshall, em julgamento que tanto agradou o então governo quanto respeitou as decisões tomadas na gestão anterior, firmou decisão que implicou relevantes consequências políticas e jurídicas. Marshall declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 13 do Judicial Act de 1789, que determinava que a Suprema Corte seria o órgão jurisdicional originário para julgar eventuais *writ of mandamus* contra atos de autoridades públicas daquela envergadura.

Entendeu o *Chief of Justice* que, uma vez que a Constituição americana havia estabelecido rol taxativo sobre a competência originária daquela Corte, não caberia ao legislativo, por meio de um judicial act modificar preceito previsto na Carta Magna, sendo, portanto, inconstitucional o mencionado dispositivo legal.

Como o mandado de segurança de Marbury se baseava nessa lei para que a matéria fosse apreciada por aquela Corte, a decisão de John Marshall, que reconheceu o direito de Marbury ao cargo, além de afirmar a incompetência para apreciação do mérito do *mandamus*, acabou neutralizando possível reação adversa dos federalistas e construindo importante precedente jurisprudencial sobre o poder do chamado *Judicial Review.* Em outras palavras, ao mesmo tempo em que foi preservada, a Corte Suprema, por meio de ativismo judicial, efetivou importante afirmação de poder, que ecoa até os dias atuais.

Também merecem destaque como exemplos emblemáticos de ativismo judicial os casos *Dred Scott v. Standford* e *Lochner v. New York,* embora tenham entrado para a história como verdadeiros desastres judiciais, execrados até os

dias de hoje. No primeiro julgado, a Corte Suprema praticou ativismo ao confirmar o status constitucional da escravidão nos Estados Unidos, razão pela qual negou o direito à liberdade a Dred Scott. A decisão serviu para inflamar ainda mais a cisão entre o norte (antiescravagista) e o sul (escravagista), contribuindo sobremaneira para a deflagração da Guerra Civil no país. No segundo caso, o Tribunal Constitucional americano, prestigiando o liberalismo econômico, julgou inconstitucional lei do Estado de Nova Iorque que, limitando a jornada de trabalho, assegurava melhores condições para determinada classe de trabalhadores.

O ativismo judicial é uma tendência que também pode ser observada em vários tribunais mundo afora, com destaque para as Cortes Supremas da Alemanha, da Itália, da Colômbia, da Costa Rica, do Canadá e da África do Sul. Em todos esses países, o ativismo já se apresenta com considerável grau de maturidade e, de certa forma, exerce alguma influência nas decisões proferidas pela Corte Constitucional brasileira.

O Brasil, embora ainda de forma incipiente, também tem sido palco do ativismo judicial. Importante registrar que, a despeito de não ser a única causa, a ampliação do acesso ao judiciário, verificada a partir da promulgação da Constituição de 1988, contribuiu para maior incidência do fenômeno, que vem ganhando notoriedade desde o início deste século.

A Carta Magna de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal inúmeras atribuições fortalecendo-o consideravelmente. A verdadeira hipertrofia do guardião da constituição acarretou, por conseguinte, diversas atribuições e responsabilidades, muitas delas de cunho político e de relevância e interesse nacionais.

Assim, embora o fenômeno ocorra em todas as esferas do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal é o órgão em que o ativismo incide com maior destaque. Um das razões para tal protagonismo é a competência da Corte brasileira para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade (EC 3/93).

Além disso, destacam-se, ainda, nos termos do art. 102 da Constituição da República, as seguintes competências originárias, que também ampliaram sobremaneira o poder decisório do STF: a) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; b) arguição de descumprimento de preceito fundamental; c) reclamação; d) mandado de injunção; e) *habeas corpus*; f) mandado de segurança; e g) *habeas data*.

Importante assinalar que o conceito de ativismo judicial está longe de ser unanimidade entre os doutrinadores, havendo diversas divergências acerca da definição do termo. Entre inúmeros esboços, transcreve-se o escólio de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que entende por ativismo judicial

> o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face em face dos demais atores políticos, que: a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.[100]

Do mesmo modo, o fenômeno não tem sido objeto apenas de elogios - decorrentes da preservação das garantias e das liberdades diante da omissão ou do excesso por parte dos outros poderes. Ao contrário, o ativismo vem recebendo severas e inúmeras críticas da comunidade acadêmica - em razão da ameaça aos valores democráticos e à separação dos poderes.

Ocorre que, na maioria das vezes, os referidos ataques decorrem da imprecisão conceitual do ativismo judicial, do desconhecimento do seu verdadeiro conteúdo e dos seus limites de abrangência, acarretando, principalmente em razão da discordância da decisão judicial, menções indiscriminadas e pejorativas ao termo, conforme destaca o Professor Paulo Gustavo Gonet Branco:

> As referências ao que se tem designado como ativismo judicial refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus elementos constitutivos. Nem

[100] Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

> mesmo se encontra consenso em torno de saber se a atitude é desejável ou negativa. O risco está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, em transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes.
> A falta de precisão no emprego do conceito de ativismo judicial surpreende situações curiosas e embaraçosas, em que antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, na empolgação do último argumento ou do interesse pessoal, tornam-se inimigos do fenômeno, o qual, antes como agora, não se rende à ótica míope com que examinado.[101]

Dentre os diversos casos de ativismo praticados pelo Supremo Tribunal Federal, destacam-se o funcionamento dos partidos políticos, a titularidade de cargos eletivos, a criação de municípios, a demarcação de terras indígenas, a união estável homoafetiva, o aborto de anencéfalos, entre muitos outros de relevância nacional.

Progressão de regime e exame criminológico

No direito brasileiro, uma das finalidades da pena é a ressocialização. A fim de que a reintegração social do apenado ocorra de forma gradual, o Brasil adota o sistema progressivo de cumprimento da sanção, que consiste inicialmente em período de isolamento total, seguido de promoções a estágios menos rígidos da execução penal (progressão de regime), até atingir a última etapa, que é a obtenção da liberdade.

Até o ano de 2003, a Lei n. 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – estabelecia, em seu art. 112,[102] que a concessão do benefício da progressão de regime sujeitava-se ao cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena no regime

---

[101] As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402

[102] **Art. 112.** A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.
Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, **quando necessário**. (revogado pela Lei n. 10.792/2003)

anterior, além de parecer prévio elaborado pela Comissão Técnica de Classificação e realização de exame criminológico, desde que necessário. De acordo com o item n. 118 da exposição de motivos da LEP, o exame criminológico era obrigatório aos que se encontravam no regime fechado:

> A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior. A transferência é determinada somente pelo juiz da execução, cuja decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação. **Quando se tratar de condenado oriundo do sistema fechado, é imprescindível o exame criminológico.** (destacamos)

Em síntese, o referido parecer de classificação possui caráter mais amplo, em que são avaliados aspectos da personalidade do reeducando, histórico social e familiar, bem como aptidões para a atividade laboral no estabelecimento prisional. Já o exame criminológico constitui perícia de abordagem mais restrita, em que são aferidas questões de ordem psicológica e psiquiátrica do preso, seu grau de maturidade e de assimilação da responsabilidade pela conduta praticada e, sobretudo, a possibilidade e a potencialidade de voltar a delinquir.

Assim, exigia-se a realização do exame criminológico para fins de progressão de regime nos casos em que o apenado postulava a progressão ao regime semiaberto. Todavia, no ano de 2003, o legislador excluiu a necessidade de confecção do aludido exame, tendo, por meio da Lei n. 10.792/2003, modificado o art. 112 da LEP, que passou a vigorar com a seguinte redação:

> **Art. 112.** A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior **e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.** (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)
>
> **§ 1º** A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)
> **§ 2º** Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas,

> respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

De simples leitura do dispositivo legal, verifica-se que, com o advento da nova lei, o único requisito subjetivo a ser preenchido é o bom comportamento carcerário, uma vez que o Poder Legislativo, entendendo por sua dispensabilidade, passou a não mais exigir a realização do exame criminológico.

Em outras palavras, a partir de interpretação literal da antiga redação e, também, do novo texto do art. 112 da LEP, pode-se afirmar que, até 2003, a realização do exame era obrigatória somente para os presos inseridos no regime fechado. Tal assertiva embasa-se na expressão "quando necessário", estampada no então parágrafo único do antigo comando. Com a promulgação da Lei n. 10.792/2003, o legislador nada mencionou a respeito do exame criminológico, tendo, suprimido a exigência da aludida perícia.

Todavia, a despeito da clareza do texto da lei, que não mais considera o exame criminológico como condição à obtenção de progressão de regime prisional, tampouco faculta ao magistrado determinar sua realização, a jurisprudência majoritária posiciona-se de forma totalmente contrária ao comando emanado pelo legislador.

No caso específico do Supremo Tribunal Federal, é assente o entendimento ali adotado de que não é vedado ao magistrado aferir o mérito do reeducando a partir de outros elementos que não apenas o atestado de bom comportamento carcerário, podendo, inclusive, desde que fundamentadamente, determinar a realização de exame criminológico.

É o que preconiza a Súmula Vinculante n. 26, publicada em 23-12-2009:

> Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, **o juízo da execução** observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, **podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico**. (grifo nosso)

Em que pese o pano de fundo da SV n. 26 ser a possibilidade de progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou assemelhados, o enunciado acabou por autorizar o juiz da execução a determinar a realização do exame criminológico, desde que em decisão concretamente motivada.

Nesse contexto, fica evidente que a Corte Suprema, agindo de maneira desfavorável ao réu, contrariando consagrado princípio constitucional, criou requisito não previsto em lei. E mais, o que houve foi verdadeira restauração de uma condição que, desde o ano de 2003, já havia sido revogado. O legislador foi categórico. O exame criminológico não é requisito para a obtenção de progressão de regime, pois, com o advento da Lei n. 10.792/200, o Poder Legislativo extinguiu a exigência da mencionada perícia.

Em consonância com o posicionamento aqui apresentado, transcreve-se trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no debate que aprovou, por maioria, a elaboração da SV n. 26:

> Quanto à parte final do verbete, conheço os pronunciamentos de ambas as turmas da Corte, apenas ressaltaria certa modificação legislativa, que foi mencionada da tribuna, verificada em 2003. O que havia antes no artigo 112 da Lei de Execução Penal – LEP? Tinha-se parágrafo que direcionava no sentido de a progressão dar-se a partir do denominado exame criminológico. Editou-se a Lei n. 10.792, em 2003, e expungiu-se essa exigência. Indago. Podemos a partir para interpretação analógica que acabe por prejudicar o réu? A resposta é desenganadamente negativa. Não podemos nos antecipar a projeto em tramitação no Congresso, para restabelecer – no campo jurisprudencial – o exame criminológico, que, sabidamente, dificulta a progressão. Como ressaltado da tribuna, em 2003, havia oitenta mil presos na fila de pedidos aguardando o exame. Por isso é que adianto o voto, e devo ter muito cuidado na edição de verbete vinculante, especialmente em matéria penal, no sentido de não aprová-lo, porque se o fizermos, **restabelecendo a redação primitiva do artigo 112 da Lei de Execução Penal, estaremos atuando como legisladores**. (grifo nosso).

Com todo respeito, não devem prosperar os argumentos favoráveis à edição da aludida súmula. O poder geral de cautela do magistrado, assim como a possibilidade que lhe é conferida para realizar diligências, invocados na decisão, não têm o condão de sobrepor-se ao texto da lei, muito menos de criar requisito

para a obtenção de benefício prisional não determinado pelo Congresso Nacional. Como bem observado no voto divergente, ao Judiciário não compete legislar.

Do mesmo modo, não merece guarida o entendimento, também manifestado na decisão, de que a realização de exame criminológico para fins de progressão de regime encontra amparo no Princípio da Individualização da Pena. Isso porque o mencionado princípio só seria atendido se houvesse um efetivo acompanhamento da execução penal de cada infrator, o que, como se sabe, não ocorre no Brasil. Nessa mesma linha, transcreve-se o item n. 27 da exposição de motivos da Lei de Execução Penal:

> Reduzir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, <u>e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução</u>. (grifamos)

Portanto, não se está diante de um caso de omissão legislativa em que o magistrado, a quem não é dado furtar-se de julgar, deve preencher as lacunas da lei. O que ocorre, de fato, é que o legislador, porque assim desejou, passou a não mais exigir a realização do exame criminológico para fins de progressão de regime.

Não bastasse, o Superior Tribunal de Justiça, perfilhando o entendimento da Corte Suprema, editou a Súmula n. 439, publicada em 13-05-2010, que estabelece: "*Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada*".

Trata-se, portanto, de verdadeira inovação jurídica, em que a extinta possibilidade de realização de uma perícia, hipótese já revogada pelo legislador, foi ressuscitada a partir de uma construção jurisprudencial desprovida de lastro, prejudicando notadamente o réu e, ainda, violando o Princípio da Legalidade.

Importante frisar que o fato de ter sido estabelecida por súmula vinculante não sana a ilegalidade da exigência de realização do exame criminológico. Primeiro porque o Judiciário não é legislador. Além disso, nos

termos do art. 2º, II, da Constituição Federal, "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Em se tratando de matéria penal, incide ainda o disposto no art. 5º, XL, da CF: "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*". Logo, se nem mesmo a lei pode retroagir para causar embaraços ao acusado, menos ainda uma súmula vinculante, ampliando seu alcance e contrariando a vontade do legislador, pode criar (ou restabelecer) requisito que a própria lei penal já havia revogado.

Tramitam no Senado Federal alguns projetos de lei (destaque para os PLS 75/2007 e 190/2007) que visam restabelecer a exigência de realização do exame criminológico para fins de progressão de regime. Nesse cenário, a determinação expressa prevista em lei ordinária, como já ocorria até o ano de 2003, legitimaria o requisito subjetivo e não afrontaria nenhum princípio constitucional.

Acrescente-se que não se desconhece as regras estampadas no art. 8º da LEP e no art. 34 do Código Penal, que determinam a realização do exame criminológico. Todavia, a perícia ali prevista nada tem a ver com aquela realizada no momento da concessão dos benefícios previstos na LEP, uma vez que os propósitos são diversos, como bem explanado pela professora Flávia Ávila Penido:

> Os artigos 8º da LEP e 34 do CP preveem o exame criminológico como instrumento capaz de atender ao Princípio da Individualização da Pena. Esse Princípio, atendido pelo exame de classificação bem como pelo acompanhamento técnico durante o cumprimento da pena, seria elemento imprescindível para determinar as condições em que o apenado ingressou no sistema prisional e sua evolução. O exame criminológico realizado para esse fim não se confunde com aquele realizado no momento da concessão dos benefícios previstos na LEP, já que os objetivos da realização do exame são distintos. Este último visa tão somente verificar se o condenado está apto a retornar ao convívio social através do ingresso em regime de cumprimento de pena mais brando.
> Assim, os dispositivos legais pressupõem a realização do exame criminológico em momentos distintos, com objetivos igualmente diversos.[103]

[103] Penido, Flávia Penido. Exame criminológico: a impossibilidade de exigi-lo como requisito à concessão da progressão de regime e do livramento condicional.

Por fim, avaliar, por questões filosóficas, sociais, psicológicas, ou qualquer outra razão, se os condenados devem ou não ser submetidos ao exame criminológico para fins de benefícios prisionais refoge ao alcance do presente trabalho.

Pelo exposto, a partir de contextualização puramente jurídica, este artigo considera incabível, dada a ausência de previsão legal e por afronta a princípios constitucionais, exigir-se a realização de exame criminológico como requisito para progressão de regime.

BIBLIOGRAFIA

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Execução Penal Esquematizado. São Paulo: Forense, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ISHIDA, Valter Kenji. Prática Jurídica de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira / Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014.

PENIDO, Flávia Penido. Exame criminológico: a impossibilidade de exigi-lo como requisito à concessão da progressão de regime e do livramento condicional. Disponível em: http://revistas.unibh.br/index.php/ecivitas

ROMANIUC, Jefson Márcio Silva. Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: Visão crítica sobre os limites da atuação judicial. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11081

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Ativismo judicial e os limites da interpretação ampliativa no RE 202.149

Rodrigo King Lon Chia

RESUMO: O texto examina os principais aspectos do ativismo judicial a partir do exame do julgamento do RE 202.149/RS, em que prevaleceu uma interpretação ampliativa da imunidade tributária estabelecida no art. 150, VI, d. Questiona se seria possível estabelecer um limite à interpretação ampliativa sem relativizar os valores que justificariam a referida imunidade.

Palavras-chave: ativismo judicial, princípios, criatividade, integridade, democracia

INTRODUÇÃO

Em abril de 2011, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concluiu julgamento em que restou decidido, no RE 202.149/RS, que a imunidade tributária estabelecida no art. 150, VI, d, da Constituição Federal, estende-se às "peças sobressalentes para equipamentos de preparo e acabamento de chapas de impressão offset para jornais". Embora o texto do referido dispositivo tão somente vede à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir impostos sobre "livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão", entendeu a Primeira Turma, por três votos a dois, que a referência expressa a "papel" não configura relação exaustiva, mas sim exemplificativa, cabendo considerar cobertos pela imunidade tributária outros insumos destinados à produção de livros, jornais e periódicos.

Na ocasião, cuidava-se de recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconhecera a imunidade tributária de peças sobressalentes para equipamentos de impressão importadas pelo Grupo Editorial Sinos S/A. A empresa impetrara mandado de segurança contra ato do inspetor-chefe da alfândega do Aeroporto Internacional Salgado Filho, em Porto Alegre, alegando que não poderiam ser

exigidos no despacho aduaneiro os seguintes tributos: Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

O relator do RE, ministro Menezes Direito, votou pelo provimento do recurso da Fazenda Nacional, mas acabou vencido.

O principal argumento registrado nos votos dos ministros favoráveis ao reconhecimento da imunidade tributária às peças objeto do recurso extraordinário foi no sentido de se aplicar uma interpretação condizente com o *objetivo* do dispositivo constitucional. O ministro Marco Aurélio, que inaugurou a divergência, argumentou: "O objetivo maior da norma é viabilizar, sem ônus maiores, a divulgação das ideias à comunicação. A imunidade conferida a livros, jornais e periódicos apanha todo e qualquer insumo e mesmo ferramenta indispensável à edição desses veículos de comunicação".

Muito embora, em julgados anteriores, o Supremo Tribunal Federal já tivesse reconhecido a extensão da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, a filmes e papéis fotográficos para impressão (RE 174.476/SP e RE 190.761/SP), considerados "insumos diretos" da impressão de livros, jornais e periódicos, o acórdão de 2011 ampliou essa interpretação, para abranger inclusive "peças sobressalentes para equipamentos de preparo e acabamento de chapas de impressão offset".

Não se põe em discussão que o elemento teleológico, que sustentou o voto vencedor no caso em exame, é um dos que integram o método hermenêutico clássico, tendo portanto reconhecido valor na tarefa interpretativa, ainda que se possa debater seu peso na decisão final. Por outro lado, deve-se destacar que o constituinte, ao estabelecer a abrangência da imunidade tributária garantida a livros, jornais e periódicos, não fez menção expressa a outros insumos, que não o papel, não obstante não se possa afastar a hipótese de esses outros insumos estarem "implícitos" no texto.

O presente trabalho visa a discutir se a decisão da Primeira Turma, no caso em comento, ao identificar uma hipótese de incidência de imunidade

tributária não expressamente prevista no texto constitucional e até então não reconhecida na jurisprudência, representou um exercício de ativismo judicial.

Como fenômeno complexo, o ativismo judicial tem sido compreendido tanto como uma dimensão da necessária atividade interpretativa do juiz, especialmente na jurisdição constitucional, para concretização de valores expressos na Carta Magna, quanto como uma abertura para juízos subjetivos do julgador – usa-se também o termo "decisionismo" –, em detrimento dos precedentes e da legislação. Neste último aspecto, questiona-se ainda a "criatividade" do juiz, à luz da ausência de legitimação democrática, traço que seria característico do Poder Legislativo, com integrantes eleitos pelo povo.

O objetivo do trabalho, assim, é responder em que medida a decisão tomada no RE 202.149/RS pode ser considerada ativismo judicial e especular se haveria um limite para uma atuação ativista por parte do STF.

ATIVISMO JUDICIAL: UM PROBLEMA DE DEFINIÇÃO

A doutrina tem reconhecido como primeiro registro da expressão "ativismo judicial" uma matéria jornalística de autoria de Arthur M. Schlesinger, em edição da revista *Fortune* de janeiro de 1947, em que se apresentam perfis dos nove membros da Suprema Corte americana à época. Os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge são apresentados como "ativistas judiciais"; os juízes Frankfurter, Jackson e Burton, como "exemplos de autocontenção"; e os juízes Reed e Vinson como "intermediários".

Na descrição de Schlesinger, os juízes ativistas partem da premissa de que, diante da ambiguidade de textos legais, precedentes e doutrina, há um espaço inevitável para escolhas políticas, sem que se recorra à falsa ideia de objetividade. É tarefa do julgador, nessa concepção, exercer a jurisdição para buscar a justiça e resultados sociais específicos. Os juízes autocontidos, por sua vez, acreditam que as leis têm significados bem definidos e qualquer interpretação que se distancie do texto é imprópria (KMIEC, 2004).

Ao longo dos anos, no entanto, o uso da expressão "ativismo judicial" se deu de forma inconstante, com ênfase em diferentes características, muitas vezes consagrando um emprego do termo não para definir um tipo de comportamento do julgador, mas para desqualificar sua decisão.

São notórias, nesse sentido, frases como a atribuída ao juiz Alfred Goodwin ("Ativismo judicial significa uma decisão de que alguém não gosta") e muitas variações de semelhante teor. De fato, a história da atuação da Suprema Corte americana é marcada por momentos de maior ativismo ou maior autocontenção, sempre com críticas de lado a lado, sob rotulações de "conservadorismo" ou "liberalismo", "intervencionismo" ou "liberalismo econômico".

Em síntese histórica, Branco ressalta que "essas oscilações, inevitavelmente, foram acompanhadas de acesos debates sobre o escopo e até sobre a própria validade em si do judicial review – que não tem, nos EUA, previsão constitucional expressa –, diante do atrito que a jurisdição constitucional provoca entre constitucionalismo e princípio democrático" (2009, p. 55).

Um dos principais esforços no sentido de fixar parâmetros mais objetivos para a discussão do ativismo foi empreendido por Bradley Cannon, em 1983, ao tentar estabelecer seis dimensões básicas do ativismo judicial:

O *caráter majoritário* diz respeito ao grau de oposição da decisão a escolhas políticas feitas por meio de um processo democrático. A *integridade interpretativa* considera o grau de contradição em relação a decisões judiciais e posições doutrinárias anteriores. A *fidelidade interpretativa* avalia a relação entre a decisão, a intenção do legislador e o significado gramatical do texto.

Os outros aspectos a serem considerados são a *relação entre mudanças substantivas e interferência no processo democrático*; o *grau de definição direta da política pela decisão judicial*; e o *grau de restrição à avaliação do problema por outro poder* (CANNON, 1983, p. 239).

Para Cannon, o ativismo judicial é um fenômeno multidirecional, associado ao liberalismo ou ao conservadorismo, necessário ou desnecessário, ou mesmo dissociado de qualquer implicação ideológica ou política. Sua preocupação central é identificar uma estrutura básica para permitir a identificação desse comportamento.

É essencial notar que, enquanto a discussão do ativismo no contexto americano se inicia logo após a Segunda Guerra e se desenvolve ao longo das décadas seguintes, no Brasil o tema só vai ganhar maior relevância com a expansão da jurisdição constitucional, a partir da Constituição de 1988, consagrando a adoção de um estado constitucional de direito, com base num modelo de constitucionalismo fundado na supremacia da Constituição e na ampliação dos instrumentos de controle judicial de constitucionalidade.

Com o neoconstitucionalismo, a lei deixa de ser a "única" fonte do direito, para se elevar o status dos princípios, a orientar a aplicação das regras, num marco teórico que abrange a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova dogmática de interpretação constitucional (BARROSO, 2006).

Segundo Barroso, as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a reconhecer um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos, alguns dos quais já mencionados: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade e efetividade.

Isso não significa dizer que se tornaram afastáveis os elementos tradicionais de interpretação jurídica (gramatical, histórico, sistemático, teleológico), mas apenas reconhecer que estes frequentemente não bastam para resolver problemas ligados à realização da "vontade" constitucional. Essa realidade abre um campo fértil para opções que, problemas de definição à parte, podem ser classificadas como ativistas.

A interpretação da lei envolve uma escolha prática a partir de diferentes possibilidades e essa escolha, mais ou menos "criativa", também em função do

grau de imprecisão do texto legal, desemboca necessariamente no exercício de um poder no tratamento jurídico dispensado aos fatos em julgamento.

No que se refere ao controle de constitucionalidade brasileiro, considera-se que, embora a inspiração inicial tenha sido o controle difuso do modelo americano, hoje pode se falar num modelo misto, que reproduz também formas de controle concentrado e abstrato, a exemplo do modelo francês, e a possibilidade de controle prévio. Esta conformação traz características que, ao ver de parte da doutrina, podem incentivar o ativismo judicial.

Ferreres Comella, por exemplo, associa o nível de centralização do modelo à propensão ao ativismo. Assim, uma corte que tem competência exclusiva para análise de constitucionalidade sofreria maior pressão e, ao mesmo tempo, teria mais condições para decidir a respeito de questões constitucionais (FERRERES, 2004). O autor trata, em essência, do controle abstrato, mas não parece requerer maior esforço estender, ainda que parcialmente, suas considerações ao controle concreto, como no caso em comento.

Assim, o sistema misto brasileiro garante à corte constitucional certo espaço ao ativismo, mas esse tipo de atuação não parece ser uma "exigência" do modelo. Na situação em análise, caberia perguntar que consequência, do ponto de vista institucional, haveria se o STF agisse com deferência em relação ao Legislativo e evitasse, sem uma evidência absoluta de que o objetivo da lei era abranger todos os insumos à impressão de livros, jornais e periódicos, explicitar um sentido "implícito" do dispositivo constitucional?

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

As imunidades tributárias são comumente definidas pela doutrina como "regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas ou bases econômicas relativamente a tributos específicos, negando, portanto, competência tributária" (PAULSEN, 2013, p. 58). Distinguem-se das chamadas isenções, já que neste caso há competência tributária, sendo afastada apenas a

cobrança do tributo, seja em relação a um contribuinte, seja em relação à operação objeto de tributo.

As imunidades podem ser relativas a impostos, como as elencadas no art. 150, VI, ou a outras espécies tributárias, como a imunidade estabelecida pelo art. 195, § 7º, relacionada à contribuição para a seguridade social.

As regras de imunidade, elencadas exclusivamente na Constituição, como *numerus clausus*, visam a preservar determinados valores, que, ao juízo do legislador, poderiam ser ameaçados pela tributação. Assim, no caso da imunidade ora em estudo, a livros, jornais e periódicos, entende-se que o objetivo é proteger a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de expressão (art. 5º, IX), a liberdade de imprensa (art. 220), a difusão de informações e de manifestações culturais.

Há, no entanto, posição diversa, como aquela esposada por Lobo Torres (2011, p.77):

> A proteção constitucional não é vera imunidade tributária. Falta-lhe o traço característico: ser atributo dos direitos fundamentais e constituir garantia da liberdade de expressão. O seu fundamento está na ideia de justiça ou de utilidade, consubstanciada na necessidade de baratear o custo dos livros e das publicações. A proteção da liberdade de expressão pode ser utilizada como argumento subsidiário, eis que ao se diminuir o preço das publicações se estará facilitando a manifestação do pensamento. Categoriza-se melhor, portanto, como privilégio constitucional, podendo em alguns casos, como no dos jornais, assumir o aspecto de privilégio odioso, tanto mais que em outros países apenas se protege o jornal contra as incidências discriminatórias.

Deve-se destacar, ainda, que, embora a doutrina compreenda autoaplicáveis as normas que garantem imunidade tributária, o STF já decidiu em sentido contrário, ao analisar o inciso II do § 2º do art. 153 (revogado), que vedava a cobrança de imposto sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão. Na ocasião (RE 225.082/MG), como o texto constitucional remetia a regulamentação em lei, a Primeira Turma pronunciou-se pela retenção do imposto até que tal norma entrasse em vigor.

Outro ponto de controvérsia em relação às imunidades tributárias é a possibilidade ou não de se aplicar uma interpretação ampliativa às hipóteses elencadas no texto constitucional. Paulsen (2013, p. 59) lembra que o STF tem precedentes apontando tanto para uma interpretação restritiva, como no exame da imunidade das receitas de exportação (art. 149, § 2º, I), quanto para uma interpretação ampliativa, como no caso da imunidade recíproca, em que, embora a Constituição só se refira expressamente aos entes políticos (art. 150, VI, a) e suas autarquias e fundações (art. 150, § 2º), a Corte entendeu aplicável também a empresas públicas e sociedades de economia mista "que exerçam serviço público típico, em regime de monopólio ou em caráter gratuito, sem concorrência com a iniciativa privada" (RE 443.648/RS).

A mesma ambivalência se registra no caso específico dos impressos: como citado antes, há precedentes nos dois sentidos, ainda que mesmo na interpretação mais restritiva (consideração da imunidade apenas para "insumos diretos") já se extrapole a interpretação literal do disposto no art. 150, VI, d.

É certo que ambas as posições recebem críticas: a restritiva por, ao defender a contenção por parte do julgador, arriscar deixar desprotegidos direitos fundamentais e a ampliativa por, ao estender excessivamente a abrangência da imunidade, enxergar objetivos que vão muito além do vislumbrado pelo legislador e que, eventualmente, exigiriam outra disciplina jurídica.

De toda sorte, é possível ainda aplicar uma análise casuística, na convicção de que "não é dado ao aplicador assumir qualquer premissa que o condicione a estender ou a restringir a norma que imuniza; deve, sim prescrutar seu efetivo alcance considerando a regra de imunidade, seu objeto, sua finalidade, enfim, todos os meios interpretativos ao seu alcance (literal, sistemático, teleológico)" (PAULSEN, 2013, p.59).

RE 202.149: Possibilidades de leitura

O argumento central que sustentou a decisão do STF, no RE 202.149/RS, de estender a imunidade tributária assegurada a livros, jornais e periódicos, bem como ao papel para sua impressão, às "peças sobressalentes para equipamentos de preparo e acabamento de chapas de impressão offset para jornais", já foi mencionado: a maioria dos ministros da Primeira Turma entendeu, a partir de uma interpretação teleológica ou finalística, que a garantia da imunidade favorece a publicação de materiais impressos, a leitura e a circulação de informações.

Em contraponto, o ministro Menezes Direito questionou aonde levaria essa linha argumentativa, chegando a arguir se seria o caso de garantir imunidade tributária também a "uma peça do elevador da empresa [que atua na impressão de jornais]", já que o benefício certamente favoreceria sua atuação. Ressalte-se que argumentos semelhantes, envolvendo por exemplo o IPTU do imóvel em que se imprime o jornal, já haviam sido apresentados no julgamento do RE 190.761/SP, que tratava de filmes e papeis fotográficos para impressão.

Se é certo que, em ambos os casos, os que defendiam a interpretação ampliativa se socorreram de uma distinção com base no uso direto ou não no processo de impressão, é de se reconhecer que, no fim, a descoberta de novas hipóteses de imunidade envolve a definição de um limite entre uma e outra coisa – e não há como se negar um quê de arbitrariedade nisso.

Assim, partindo-se de uma definição básica de ativismo judicial, como decisão que vai além do conteúdo literal do texto ou das regras mais aparentes do ordenamento, tem-se, em ambos os casos referenciados, certa dose de ativismo. O desafio é estabelecer, em análise hipotética e ainda que se admita a imposição de se proteger direitos fundamentais (morais) como a liberdade de expressão e a difusão da informação, até onde pode se estender essa abordagem.

A tensão entre o ativismo "necessário" e o ativismo "antidemocrático" se verifica na obra de Dworkin. Ele defende a posição de que, num estado democrático de direito, é preciso interpretar a Constituição de acordo com princípios morais abstratos (DWORKIN, 2002). O direito como "integridade" afasta a submissão exclusiva às decisões políticas do Legislativo e do Executivo;

os princípios que funcionam como pressupostos dessas decisão também devem ser usados na fundamentação das decisões judiciais.

Essa posição de Dworkin não significa, porém, uma adesão a uma atuação ativista das cortes. No direito como integridade, as decisões judiciais devem ser justificadas por uma teoria coerente, sem espaço para juízos pessoais discricionários – mesmo as inovações devem respeitar os precedentes, para garantir a unidade da "obra", no que o autor denominou *romance em cadeia*. Dworkin também advoga uma integridade que possa até afastar princípios morais, para afirmar princípios democráticos, como exatamente a ideia de prevalência da lei, elaborada pelos "legítimos" representantes do povo (DWORKIN, 1999).

Uma nuance que se coloca, na identificação ou não de uma postura discricionária ou arbitrária por parte do juiz, é a possível distinção entre uma atuação "criativa" e o que se definiria apenas como uma "leitura nas entrelinhas".

Na Convenção de Filadélfia (1787), em que se elaborou a Constituição americana, os delegados chegaram a discutir se deveria ser incluído no texto uma cláusula específica vedando a instituição de leis penais retroativas. De um lado, argumentava-se que a inclusão desse dispositivo, além de desnecessária, sugeriria que os constituintes desconheciam os princípios mais básicos da produção legislativa. De outro, lembrava-se que constituições estaduais traziam previsões semelhantes e afirmava-se que os juízes poderiam se socorrer da previsão legal em certas situações (AMAR, 2012, p. 9). A cláusula acabou sendo incluída no artigo I, seção 9: "Não serão aprovados atos legislativos condenatórios sem o competente julgamento, assim como as leis penais com efeito retroativo".

A conclusão de Amar, depois de apresentar outros casos de leitura nas "entrelinhas" do texto constitucional, é de que a melhor interpretaçao constitucional envolve um diálogo entre a Constituição escrita e a Constituição não escrita. Segundo ele, "a Constituição não escrita engloba diversos princípios implícitos no documento escrito como um conjunto e/ou presentes no contexto

histórico, formando parte do contexto a partir do qual devemos interpretar todo o texto" (2012, p 19).

Irons, por sua vez, avalia que "o que percebemos como diferenças fundamentais e irreconciliáveis entre defensores do ativismo judicial e defensores da contenção judicial são, na verdade, apenas recursos retóricos, concebidos para proteger uma atuação jurisdicional orientada pelo resultado de um critério mais rigoroso de análise a partir da realidade política" (IRONS, 1988, p. 37). A partir dessa premissa, argumenta que a atuação ativista dos juízes pode ser adequada, se voltada para a defesa das minorias e de valores fundamentais, em resposta a leis decorrentes de condutas "inadequadas" do Legislativo.

No caso do RE 202.149, não há dúvida de que a decisão se lastreia em precedentes que, mesmo mais contidos, no sentido de serem mais próximos ao conteúdo literal do dispositivo, partem do mesmo fundamento de proteção de valores centrais da ordem constitucional brasileira (liberdade de expressão e difusão da informação). O caso, porém, desafia de maneira mais dura a interpretação sistemática proposta por Amar, já que não parece adequado simplesmente deduzir que, ao se referir a "livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão", e considerando os valores constitucionais mencionados, deve se simplesmente entender uma abrangência ampla, sem limites ou com um limite arbitrário a ser definido em cada situação. Em qualquer caso, subsiste a percepção de que o juiz ativista baseia-se, necessariamente, na presunção de que é seu papel proteger certos direitos fundamentais, para além dos limites estritos do texto.

CONCLUSÃO

A discussão acerca do alcance da imunidade tributária estabelecida no art. 150, VI, d, da Constituição é interessante, do ponto de vista do ativismo judicial, por diferir dos casos comumente analisados em um ponto essencial: o recurso extraordinário não questiona a constitucionalidade do dispositivo, mas exclusivamente até onde vai sua abrangência. Reproduz assim, de certa forma, a

divergência acerca da possibilidade de reconhecimento da união estável e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, em face da menção expressa, tanto no art. 1.723 do Código Civil, quanto no art. 226 da Constituição à união "entre o homem e a mulher" (ADPF 132 e ADI 4.277).

Enquanto no debate acerca da união homoafetiva, discutia-se a possibilidade de ler "duas pessoas" na expressão "o homem e a mulher", no caso em exame a tese vencedora foi a de que seria adequado incluir equipamentos relativamente distantes na cadeia de produção de livros, jornais e periódicos no conteúdo expresso na Constituição como "papel destinado a sua impressão".

São muitos os caminhos sugeridos para lidar com situações desse tipo, como a prescrição de uma interpretação criativa, alicerçada na análise sistemática do texto constitucional, defendida por RAMOS (2010), entre outros autores.

A pergunta essencial que se coloca, a se partir desse espaço definido para a atuação da interpretação criativa, é por que o constituinte, se desejava garantir imunidade a toda a cadeia de produção de livros, jornais e periódicos, não optou por uma expressão mais adequada a esse sentido específico. A hipótese, afinal, difere em muito da previsão de irretroatividade da lei penal, discutida no nascedouro da constituição americana, pois não se pode cogitar em relação à imunidade tributária a mesma proximidade que se identificou à época da Convenção de Filadélfia entre a irretroatividade e uma ideia de justiça ou o próprio estado de direito.

Outro aspecto de abordagem necessária, na presente análise, é a propriedade ou não de se admitir a atribuição de novos significados ao texto constitucional, sem a ocorrência de modificação formal, fenômeno decorrente de "uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo" (BARROSO, 20, p. 126). A chamada *mutação constitucional*, no entanto, é mais um elemento complicador, já que, além de exigir um "consenso social", choca-se com a tradição do *civil law*.

Não há que se falar, de qualquer maneira, em nova realidade, se os equipamentos objetos da controvérsia jurídica em análise desde sempre

integraram o processo de impressão de livros e periódicos. Situação distinta se registra, por exemplo, com os chamados livros eletrônicos (*e-books*), que indubitavelmente representam uma mudança no quadro fático – o mesmo conteúdo passível de impressão transposto para um suporte que não existia, ou ao menos não era disseminado, à época da elaboração da Constituição.

Nos precedentes do STF, nota-se uma preocupação com não se permitir brecha para distinção "autoritária" do que seja ou não um conteúdo impresso a ser protegido pela liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, bem como pela circulação da informação, o que se reflete no reconhecimento da imunidade tributária às listas telefônicas (RE 101.441/RS)[104], aos álbuns de figurinhas (RE 221.239/SP) e mesmo a *cards* não-adesivos que acompanham álbuns (RE 656.203/SP).

Ressalte-se, no entanto, que a discussão em tela, relativa a peças sobressalentes para equipamentos de impressão, não se adequa a esse ângulo, porque esses dispositivos – assim como filmes e papeis fotográficos – não guardam relação com a natureza do conteúdo a ser impresso. Tem-se, portanto, uma extensão de sentido difícil de se compreender como uma proteção da liberdade de expressão – não há risco de discriminação intrínseca como poderia haver na classificação de que tipos de conteúdo seriam merecedores de imunidade.

Permanece, se tanto, o argumento de que a imunidade tributária para as referidas peças favorecem o acesso à informação. Trata-se de valor objeto de proteção constitucional, a ser ponderado na interpretação do dispositivo, mas, a nosso ver, não a ponto de justificar a simples desconsideração do papel institucional do Legislativo (na verdade, mais que isso, o próprio poder constituinte originário) na tripartição dos poderes, bem como de sua legitimidade democrática.

---

104 Recurso interposto ainda sob a ordem constitucional anterior. A Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, porém, continha previsão (art. 19, III, d) praticamente idêntica à da Constituição de 1988 (art. 150, VI, d).

Nem os mais radicais defensores da contenção das cortes constitucionais parecem descartar completamente interpretações criativas do texto. É de se exigir, contudo, considerado um quadro que reúna a) instituições democráticas, b) instituições judiciais, c) compromisso com os direitos individuais e d) divergência acerca de direitos, que as cortes apontem ameaças específicos a direitos fundamentais ou falhas no processo legislativo que justifiquem a ampliação de sentido pretendida (WALDRON, 2006). Para além da mera interpretação sistemática, o ativismo, por todo o exposto, não deve refletir apenas a crença de que se pode alcançar um "melhor" resultado, mas sim ser consequência da convição de que é absolutamente indispensável para a proteção de valores fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAR, Akhil Reed. **America's unwritten constitution**: the precedents and principles we live by. Philadelphia: Basic Books, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 60, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2009.

CANNON, Bradley. Defining the dimensions of judicial activism. **Judicature**, vol. 66, n. 6, dez.-jan., 1983.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRERES, Victor. The consequences of centralizing constitutional review in a special courts: some thoughts on judicial activism. **SELA Papers**, paper 39, 2004.

IRONS, Peter. Making law: the case for judicial activism. **Valparaiso University Law Review**, n. 35, 1988.

KLINE, Stephan O. Judicial independence: rebuffing congressional attacks on the third branch, **Kentucky Law Journal**, vol. 87, 1998-1999.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, n. 92, oct. 2004.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 124, 2006.

Ativismo Judicial e Educação Infantil Na Perspectiva Do Supremo Tribunal Federal.

Juliana Marise Silva

I - INTRODUÇÃO

A educação infantil é a primeira etapa da educação básica. Consiste no acesso às creches que são responsáveis no cuidado de crianças até três anos de idade e às pré-escolas que atendem crianças até cinco anos.

Após 1988 o direito à educação infantil ganhou *status* constitucional. A partir desta perspectiva analisaremos o ativismo judicial no que se refere à demanda pela concretização desse direito, especificamente diante do Supremo Tribunal Federal.

II - ATIVISMO JUDICIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Por ser a Constituição Brasileira uma constituição dirigente, ela prevê uma série de programas políticos que devem ser realizados pelo Estado. A omissão com relação à implementação dessas políticas públicas traçadas pelo Constituinte enseja o ajuizamento de muitas demandas judiciais. Desta forma, fugindo de sua atribuição outorgada na clássica separação de poderes construída por Montesquieu, o Judiciário acaba sendo provocado a decidir questões que são de conteúdo eminentemente político.

No que se refere à clássica distribuição de poderes, como a implementação de políticas públicas é caracterizada por escolhas políticas, existe a preponderância dos Poderes Legislativo, e especialmente, Executivo, quanto a estas decisões. Portanto, a princípio não caberia ao Poder Judiciário interferir nessas escolhas que são discricionárias do administrador.

Sobre tal tensão entre poderes DWORKIN defende que as referidas decisões devem ser tomadas com base em argumentos de princípio e não em argumentos de política. Caso contrário, são ilegítimas tais decisões por afrontarem o sistema representativo e a democracia[105].

Neste cenário, existe um grande debate que se travou em torno do papel do Supremo Tribunal Federal, que é o da legitimidade democrática da judicialização da política. Este é um fenômeno recente no Brasil, eis que a Constituição Brasileira é de 1988.

Sobre o tema ensina Luís Roberto Barroso[106]:

> Uma das instigantes novidades do Brasil nos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o legislativo e o executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem. Em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário - verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final[107].

A judicialização e o ativismo judicial são partes do mesmo fenômeno. Para Barroso, a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política estão sendo decidas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais que seriam o Legislativo e o Executivo. Neste contexto, a judicialização é um fato, decorrente do modelo constitucional que adotamos, não é um exercício deliberado de uma vontade política. Já a ideia de ativismo judicial

---

[105] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 6 e 26.

[106] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas . Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007 , pág. 203-250.

[107] Ibidem.

está ligada a uma maior participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência nas competências naturais dos outros Poderes. [108]

Todavia, não existe consenso na utilização da expressão "ativismo judicial". Sobre o tema ensina Gonet:

> As referências ao que se tem designado como *ativismo judicial* refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus elementos constitutivos. Nem mesmo se encontra consenso em torno de saber se a atitude é desejável ou negativa. O risco está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, em transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes[109].

Levando em consideração o conceito de ativismo de Barroso, anteriormente citado, não podemos negar que há prescrições na Constituição do Brasil que são dotadas de ampla normatividade, e que preveem direitos subjetivos a serem gozados pelos cidadãos brasileiros.

O art. 208 da Constituição que proclama o direito à educação básica, da qual faz parte o direito à educação infantil, é um exemplo de direito que tem necessitado da participação do Poder Judiciário para sua concretização (ou tentativa de concretização).

III - DIREITO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO INFANTIL

A educação infantil, embora ainda não obrigatória, é um direito do infante, eis que irá proporcionar condições adequadas para o desenvolvimento

---

[108] BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Em 25/07/2014.

[109] GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Publicado em André Fellet et alii (orgs) **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

do bem-estar infantil, auxiliando o desenvolvimento físico, motor, emocional, social e a ampliação de suas experiências.

Diante deste quadro não há como negar os importantes objetivos da implementação adequada da educação infantil. Ressalte-se que a educação infantil possui objetivo social, que está nitidamente interligado à questão da mulher incluída na vida social, econômica, cultural e politica. Também, possui objetivo educativo, associado à construção de novos conhecimentos e habilidades da criança. Além disso, existe o objetivo político que está ligado à ideia de formação da cidadania infantil, percebendo-se a criança como membro da sociedade, com direito de falar e ouvir, de colaborar e respeitar, assim como, ser respeitada pela sociedade[110].

Na esfera internacional, na Convenção sobre os Direitos da Criança que foi ratificada em 1990, o país se comprometeu a adotar todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a se beneficiar dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus[111].

No sistema brasileiro, além de se originar do princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 7º, inciso XXV da Constituição estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas[112].

Somado a isso o artigo 205 da Constituição da República dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

---

[110] DIDONET, Vital. Creche: a que veio, para onde vai. In: **Educação Infantil: a creche, um bom começo**. Em Aberto/Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. v 18, n. 73. Brasília, 2001. p.11-28.

[111] art.18.3

[112] Incluído pela EC 53/2006.

O artigo 208 estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de, entre outros, atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade[113].

O artigo 211, § 2º, por sua vez, institui que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

No plano infraconstitucional o Plano Nacional da Educação evidencia a importância da educação infantil[114]. Neste mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases institui como etapa da educação básica a educação infantil. E determina que ao Município cabe oferecer e gerir a educação infantil.[115]

Outrossim, a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) também tutela o direito em comento às crianças, especialmente nos textos dos arts. 3º, 4º, 53, VI, 54, e 208.

Existem ainda outros dispositivos infraconstitucionais que ratificam a necessidade de efetivação do referido direito. Todavia ainda que assim não o fosse, existe por certo o direito de postular face às autoridades públicas o atendimento ao ensino infantil, eis que o mesmo é direito fundamental com previsão constitucional. E os direitos fundamentais previstos na Constituição são dotados de eficácia plena por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF/88.

---

[113] Inciso IV. Também incluído pela EC 53/2006.

[114] Lei nº 10.172/2001. Vejamos nas palavras do Plano (item II, A, 1, 1.1 Diagnóstico): "Não são apenas argumentos econômicos que têm levado governos, sociedade e famílias a investirem na atenção às crianças pequenas. Na base dessa questão está o direito ao cuidado e à educação a partir do nascimento. A educação é elemento constitutivo da pessoa e, portanto, deve estar presente desde o momento em que ela nasce, como meio e condição de formação, desenvolvimento, integração social e realização pessoal. Além do direito da criança, a Constituição Federal estabelece o direito dos trabalhadores, pais e responsáveis, à educação de seus filhos e dependentes de zero a seis anos. Mas o argumento social é o que mais tem pesado na expressão da demanda e no seu atendimento por parte do Poder Público. Ele deriva das condições limitantes das famílias trabalhadoras, monoparentais, nucleares, das de renda familiar insuficiente para prover os meios adequados para o cuidado e educação de seus filhos pequenos e da impossibilidade de a maioria dos pais adquirirem os conhecimentos sobre o processo de desenvolvimento da criança que a pedagogia oferece. Considerando que esses fatores continuam presentes, e até mais agudos nesses anos recentes, é de se supor que a educação infantil continuará conquistando espaço no cenário educacional brasileiro como uma necessidade social. Isso, em parte, determinará a prioridade que as crianças das famílias de baixa renda terão na política de expansão da educação infantil. No entanto, é preciso evitar uma educação pobre para crianças pobres e a redução da qualidade à medida que se democratiza o acesso."

[115] Lei nº 9.394/1996. Art. 11, V. (Isto porque a própria Constituição prevê a preponderância do Município no que atine à educação infantil).

Neste contexto, a concretização da educação infantil depende de uma atuação positiva e material do Estado, que quando não age, pode ser compelido por um Judiciário ativista a atuar com a finalidade de assegurar o direito fundamental de educação infantil às crianças de até cinco anos.

IV – ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STF

Excluídas as decisões monocráticas, são essas as ementas dos acórdãos exarados pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere ao tema em questão[116]:

> **1 -** E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

[116] Pesquisa realizada no site do STF em julho de 2014, apenas no que diz respeito aos acórdãos, ou seja, excluídas as decisões monocráticas. Parâmetro de pesquisa: "educação infantil".

POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (...) DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. (...) A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. (...) (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)
2 - DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. (...) (RE 464143 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00556 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 161-164)

3 - EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 554075 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-08 PP-01716)

4 - EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I - O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II - Agravo regimental improvido.
(AI 592075 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02204 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 172-174)

5 - EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja

> execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.(...)
> (RE 592937 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02226 JC v. 35, n. 119, 2009, p. 301-305)
>
> **6 -** EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido. (RE 463210 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 03-02-2006 PP-00079 EMENT VOL-02219-11 PP-02181 RT v. 95, n. 849, 2006, p. 199-202 RMP n. 31, 2009, p. 187-191)
>
> **7 -** E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.
> (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290)

Analisados os julgados acima citados, conclui-se que a posição do Supremo Tribunal Federal é de que é obrigação do Estado proporcionar creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, por conta da cogência do artigo 208, IV, da Constituição Federal. Assim, reconhece nossa Corte Constitucional que o direito à educação infantil é uma norma cogente, auto executável e oponível ao Poder Público.

Ademais, percebemos que os processos que têm chegado a nossa Corte Constitucional, especificamente em seus órgãos colegiados[117], são todos

[117] Por método de trabalho excluímos as decisões monocráticas face a sua quantidade, e tendo em vista que as citadas representam os argumentos também trazidos nas decisões monocráticas.

processos coletivos, especialmente Ações Civis Públicas, notadamente do Estado de São Paulo.[118]

Assim entendemos que acertadamente os órgãos legitimados para ações coletivas (em especial o Ministério Público e a Defensoria Pública), têm se revelado de demasiada importância na tentativa de efetivação e universalização do serviço.

Essa atuação deve ser propagada por todo o país eis que as ações coletivas têm uma série de benefícios, e representam economia e melhoria na atividade jurisdicional, à medida que se reduzem as ações individuais. Além disso, uma ação coletiva tem a virtude de igualar situações, evitando que uns alcancem o objetivo em detrimento de outros.

Diante do que foi exposto, parece que a Corte Constitucional está no caminho certo no sentido de tentativa de concretização do direito fundamental de acesso à educação infantil. Não há acórdãos contraditórios, eis que todas as decisões analisadas são no sentido de conferir a tutela e efetivar os direitos em questão.

V- CONCLUSÃO

Por certo não há resposta correta à pergunta genérica se o ativismo judicial é bom ou ruim. O presente trabalho abordou o direito à educação infantil enquanto direito fundamental. E neste contexto, verificou-se que o ativismo judicial tem sido positivo no que diz respeito à tutela do referido direito.

Diante desta contextura concordamos com SARMENTO no seguinte sentido:

> Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil**, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos**

[118] Todos do Estado de São Paulo, com exceção de dois, que são do Estado de Santa Catarina.

> **fundamentais,** a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como um certo ethos profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas. (grifo nosso)[119]

Por fim, como decorrência do exposto, analisamos a atuação do Supremo Tribunal Federal e constatamos que embora ainda falte muito, a Corte Constitucional tem atuado de maneira feliz neste campo, e pode ser fundamental para efetivação de um direito tão caro ao futuro do país, que se traduz no cuidado às nossas crianças.

VI – BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas . Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007 , pág. 203-250.

____________________ JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Em 25/07/2014.

DIDONET, Vital. Creche: a que veio, para onde vai. In: **Educação Infantil: a creche, um bom começo**. Em Aberto/Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. v 18, n. 73. Brasília, 2001. p.11-28.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

---

[119] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 73-113.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Publicado em André Fellet et alii (orgs) **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 73-113.

O ativismo judicial e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 708

Caio Graco Mendes

I – Do Mandado de Injunção

I.1– Aspectos histórico, processuais e materiais do Mandado de Injunção

O mandado de injunção é visto hoje no direito brasileiro como remédio constitucional impetrado por quem considerar-se lesado pela ausência de norma regulamentadora que torne indisponível o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas ligadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O artigo 5º, LXXI, da Constituição brasileira, ao dispor sobre o Mandado de Injunção, determina que conceder-se-á este "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

Originou o mandado de injunção na Inglaterra na época da idade média (no século XIV, tempo de monarquia absolutista) como forma de garantir a equidade dos seus julgados e para a regulamentação do exercício de direitos de liberdade restrito às classes mais baixas, como os comerciantes e camponeses, enquanto que, no direito brasileiro, surgiu pela primeira vez o remédio na Constituição de 1988[120]. Afirma Hely Lopes Meireles que:

---

[120] Diz José da Silva sobre a origem histórica do mandado de injunção: "O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da Equity. Nasceu, pois, do Juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (statutes) regulando a espécie, e quando a Common Law não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo(sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assentação na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada

> No Direito Anglo-Saxônico referida ação tem objetivos muito mais amplos que no nosso, pois que na Inglaterra e nos Estados Unidos o writ of injunction presta-se a solucionar questões de direito público e de direito privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários (*extraordinary writs: mandamus injunctions* ou *prohibition, quo warranto e certiorari, oriundos da Common Law e da Equity.)"*[121].

Ao referir-se apenas a este remédio de maneira individual, a Constituição Federal não prevê a ação do Mandado Injunção coletivo, oposto que se verifica no Mandado de Segurança coletivo, por exemplo, conforme diz o artigo 5º, LXX, da Constituição.

Contudo, já de jurisprudência praticamente não debatida (ou pacificada) é a admissibilidade do Mandado de Injunção Coletivo para julgamento nos tribunais, por analogia ao dispositivo do Mandado de Segurança. Esse entendimento já foi mostrado nos primeiros remédios constitucionais de

---

não no justo legal mas no justo natural. Na injunction Inglesa como no mandado de injunção do artigo 5º, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da Equitiy o arbítrio de criar normas de agir ex nihil, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, conventions, etc.). (...) Mas a fonte mais próxima deste é o writ of injunction do Direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violação da liberdade de associação e da palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente radicais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma injunction (caso Brown v. Board of Education of Topeka, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas; a Emenda 14 da Constituição norte-americana confere várias franquias inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, pois a proteção desses direitos e franquias tem sido crescentemente objeto de injunction, tal como agora se reconhece no Direito Constitucional pátrio." Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36ª ed. Ed. Malheiros. São Paulo, 2013, p. 450.

[121] Meireles, Hely Lopes. Mendes, Gilmar Ferreira. Wald, Arnoldo. Madado de Segurança e ações constitucionais. Ed. Malheiros. São Paulo. 2012, p. 329 Dizem também os autores para diferenciar os remédios constitucionais no Direito Inglês: " o *writ of mandamus* é uma ordem para fazer ou não fazer algo ilegal ou abusivo; *o writ of injunction* pode conter uma ordem para fazer (*mandatory*) ou deixar de fazer (*prohibitory*), podendo-se dirigir ao poder público ou ao particular, o *quo warranto* é o meio pelo qual o Governo destitui quem ocupa o cargo ilegalmente, *o writ of certiorari* destina-se à verificação da legitimidade dos atos administrativos e de competência do funcionário para praticá-los. O descumprimento de qualquer dessas ordens importa crime de desacato ao Tribunal e sujeita o infrator a prisão (*contempt of court*)." (Idem)

liberdade, nacionalidade, soberania e cidadania[122] processados e julgados pela suprema corte, pelos MIs 361, 342 e 20[123].

É o objeto do mandado de injunção garantir o exercício, conforme explícita o dispositivo constitucional, de direito (todos os direitos constitucionais), de liberdades constitucionais e de prerrogativas ligadas à nacionalidade, à soberania (do povo e não do Estado) e à cidadania.[124]

Os pressupostos desta ação são falta de norma regulamentadora[125], o impetrante ser beneficiário do direito, liberdade ou prerrogativa supracitadas e ser ao mesmo tempo prejudicado por não poder praticar o exercício destes. A Constituição Federal, com força normativa, demanda que todos os seus preceitos tenham aplicação, seja diretamente ou por meio de complementação de regulamentos ou normas infra-constitucionais. Afirma José Joaquim Canotilho que:

> A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competência não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de

---

[122] MI 361, Rel. Min. Seoúlveda Pertence, julgamento em 8/04/1994, MI 342, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 8/4/1994, MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19/05/1994

[123] Diz Gilmar Ferreira Mendes et alii que: "O mandado de injunção coletivo se submete às mesmas normas – e também às mesmas questões (muitas vezes difíceis) – do processo civil coletivo, aplicando-se subsidiariamente as disposições legais referentes a outras ações coletivas, tais como o Título III da Lei n. 8.078 – Código de defesa do consumidor.". Mendes, Gilmar Ferreira et alii. Mandado de Injunção, estudos sobre sua regulamentação. Ed. Saraiva, série IDP. 2013, p. 172

[124] Conforme o artigo 5, §1º, da Carta Magna as normas de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata ou, em outros termos, não precisam de regras para a sua regulamentação, de modo que dificilmente ocorrerá a impetração desta ação constitucional sobre esse assunto, exceção prevista na liberdade religiosa, segundo a qual prescreve o artigo 5º, VI que está garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. "As questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já definem de modo eficaz no art. 12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta (...) é matéria regulamentada que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção as prerrogativas da soberania popular e da cidadania se desdobram mediante lei, mas estas já existem embora devam sofrer profunda revisão, quais sejam o Código Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos. A lei prevista no art. 5º, LXVII, destinada à definição dos atos necessários ao exercício da cidadania, também já foi promulgada: Lei 9.265, de 12.02.1996." Silva, Jose´ Afonso da. Idem, p. 451.

[125] De acordo com a nota anterior e classificação do teórico José Afonso da Silva, não há que se falar em aplicação de Mandado de Injunção no exercício de normas de eficácia plena ou, em outras palavra, aplicabilidade imediata. Pode-se falar no cabimento dessa ação constitucional na regulamentação dos direitos de normas de eficácia limitada (de princípios institutivos ou organizativos e programáticos) e, possivelmente, normas de eficácia contida. " Na primeira categoria (eficácia plena) incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los), (...) o segundo grupo (eficácia contida) também se constitui de normas (continua.)" Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 82

> competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', 'de poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' com formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo da interpretação sistemática ou teleológica). Por isto, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.[126]

Não se confunde o cabimento do mandado de injunção com discussão de ilegalidade, constitucionalidade ou descumprimento de norma em vigor, pois é apenas a falta de norma regulamentadora dos direitos e liberdades previstos no artigo 5º, LXXI que dá causa a impetração daquele, conforme o que se dispôs no julgamento do MI 703-9-DF, rel. Min. Marco Aurélio.[127]

A competência para decisão do remédio[128] é prevista na Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente aquele quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo. Julga e

---

[126] Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5. Ed.. Coimbra: Almedina, p.543

[127] STF, Tribunal Pleno, MI 703-9-DF, rel. Min. Marco Aurélio, RT 832/154.

[128] Conquanto não necessite de regulamentação para ser aplicado conforme artigo 5º, §1º, está o Mandado de Injunção com projeto de regulamentação própria com a discussão e votação no Congresso Nacional do Projeto de Lei 6.128/2009." Pretende-se analisar, em tal projeto, as alternativas de decisão descritas em seu art. 8º e a amplitude *ultra partes* conferida nos artigos seguintes, ressaltando os seus possíveis efeitos na perspectiva da tensão institucional acima delineada. Isso porque o projeto tem o claro propósito de conferir ao instrumento do mandado de injunção feição de acordo com tendência já verificada na evolução da jurisprudência do STF, no sentido de conferir à ação efeitos que ultrapassam aqueles decorrentes da mera declaração de mora legislativa que era conferida ao instituto pela jurisprudência anterior.". Mendes, Gilmar Ferreira et ali. Mandado de Injunção, estudos sobre sua regulamentação. Ed. Saraiva, série IDP. 2013, p. 48.

processa em recurso ordinário de caso decidido em última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Além do supremo, tem competência constitucional o Superior Tribunal de Justiça, que julga e processa originariamente a ação quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelos órgãos da Justiça militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, com base nos artigos 102, I, q, II, a e 105, I, h.

A competência para julgamento nos Tribunais e juízos de primeiro grau de jurisdição, nas esferas federais e estaduais, será determinada naquilo que for indicado em suas respectivas leis de organização judiciária, conforme o previsto na Carta republicana, nos artigos 121, § 4º, V e 125, §1º.

I.2. – O mandado de Injunção na Constituição de 1988

O cabimento dessa ação constitucional está previsto no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal, o qual, conforme dito anteriormente, determina que "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

II – Do ativismo judicial e o Mandado de Injunção nº 718

II.1. – O ativismo Judicial

A revolução francesa, na data de 1787, caracterizou-se pelo embate de o povo e a burguesia contra a monarquia absolutista. A lei com expressão da vontade do povo é propício ao interesse dos burgueses. Daí o prestígio da ideia de lei e de separação de poderes. O Estado somente funciona em função da

legislação, o que indica a soberania do parlamento e, em consequência a soberania da norma.

No começo do século XX, nos debates sobre os direitos sociais, passa o Estado a produzir e assumir funções de educação, saúde e assistência social. O Estado propicia condição de bem-estar social. Vai este produzir compromisso de eficiência. Para isso, o poder volta para o Executivo. O parlamento perde parcela daquele. Vai o executivo ter uma posição mais ativa nos poderes do Estado.

Levam as crises deste século com que os ódios dos segmentos sociais se tornem mais agudos. Uma das causas das duas guerras mundiais é o descaso com os direitos humanos. Quando o poder de editar normas é concentrado com o de executá-las, as liberdades são restringidas. As Constituições de Weimar e mexicana de 1919 e 1917 foram as primeiras a editar direitos sociais.

Nos Estados Unidos, caso Marbury vs Madison, foi dito que que a Constituição está acima de todos os atos e que cabe ao judiciário proclamar aquilo que consiste a Constituição. Tem esta que ser a lei maior e ter eficácia de maneira a que haja direitos fundamentais autoaplicáveis e que exista órgão que assegure a sua eficácia.[129]

A ideia de o judiciário poder conter o poder da sociedade foi combatida e não apoiada pelos europeus. Para se garantir a eficácia dos direitos fundamentais através da autoaplicabilidade dos direitos foi criado o modelo austríaco de controle de constitucionalidade. Este modelo (europeu) refere-se a criação de uma corte constitucional, a qual controla atos até da suprema corte e abrange o controle abstrato (em tese) e concreto de constitucionalidade, por, no caso concreto, meio do recurso constitucional austríaco (*Verfassungbechwerde*) e de amparo espanhol.

A origem do ativismo judicial encontra-se na Corte Constitucional. Para garantir os direitos sociais, a suprema corte passa a ter posição mais ativista. O devido processo legal tem servido como ponto de apoio a decisões de ativismo judicial, que são tanto de linha direitista quanto de esquerda.

---

[129] Marbury vs. Madison. U.S. Supreme Court, 1803.

Os críticos do ativismo são os descontentes enquanto apoiadores daquele são os contentes pois as decisões judiciais de ativismo se tornam cada vez mais frequentes e complexas com o aprimoramento dos direitos fundamentais sociais. Se o Estado, até momento de edição dos direitos sociais, visava apenas a resguardar a tranquilidade social, terá a partir de então que realizar prestações, entregar serviços, bens e ter que ser eficiente ao realizá-lo.

O Juiz, de sua vez, deverá verificar se essas tarefas estão bem cumpridas. É ele corresponsável pelas tarefas positivas perante a sociedade. No momento em que o Estado aumenta a igualdade, vai limitar na mesma ocasião a liberdade. Verifica o magistrado se os direitos sociais estão implementados de um modo correto. A atividade jurisdicional se torna mais profunda. Garante aquele as medidas de igualdade, de liberdade e vai ter uma parcela de opinião política.

Não é mais interpretar o direito exercício de subsunção lógico-jurídica. Não mais é o juiz boca da lei. Está ele comprometido com a implementação das prestações positivas. Precisa-se desta forma compreender não apenas mais o texto da norma, porém a realidade pela qual esta pretende incidir. Verifica-se com isto diálogo maior entre o legislativo e o judiciário.

Não se confunde a norma com o texto pois é essa agora resultado da interpretação deste. São os poderes legislativo e executivo são controlados pelo povo porquanto eleitos e fiscalizados por este, contudo não o é o judiciário, no qual, por exemplo no ordenamento brasileiro, seus integrantes não são eleitos, mas ingressam no cargo por concurso público de provas e títulos ou por indicação, aprovação e nomeação previstas na Constituição.

O paradoxo da democracia é no sentido de que no mesmo instante que há a manifestação do poder que é tomado pelo povo, conforme aduz o artigo 1º, § único da carta magna brasileira, há igualmente uma divisão do poder (judiciário) que não é controlado por aquele. Os membros da magistratura tomam decisões de caráter político pois envolvem parcela da sociedade (quando não inteira), mas não sofrem ingerência desta para ingresso e exercício do poder jurisdicional, além de não serem fiscalizados por esta.

> A desneutralização política do juiz, ao expor o Judiciário à crítica pública, sobretudo e especialmente através dos meios de comunicação de massa, cria uma série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência, cuja expressão mais contundente está na tese do controle externo do Judiciário. Essa tese põe a descoberta o fato de que tanto a imunidade da judicatura quanto o princípio da coisa julgada, ao invés de decorrências 'lógicas' da divisão dos poderes, estão na verdade a serviço de valores, finalidades socialmente relativas que o sistema legal, de vários modos, procura realizar.[130]

Diz a teoria de Robert Alexy, que tem por finalidade reduzir o paradoxo da democracia, que o juiz não tem uma legitimidade eletiva, mas tem uma legitimidade argumentativa. O legislador pode votar sim ou não ou se abstém. O juiz vai ter que fundamentar; A decisão do juiz é boa quando for racional, a qual é demonstrada com as leis de ponderação. É necessário diante disto aprimorar as técnicas de decisão.

O ativismo não atenta contra a separação de poderes, mas vai ao encontro de preserva-la. Não merece aquele ser visto em uma concepção maniqueísta. Se o seu oposto é a autocontenção, ela pode produzir resultados desprezíveis como, por exemplo, após o término da segunda guerra mundial, em 1945, foram vistos os juízes com excesso de passivismo.

Houve contumaz crítica a timidez, à posição servil, dos sujeitos políticos. Encontra-se, dos casos mais interessantes, a corte constitucional Húngara, cuja aparição primeira foi de 1989. Estava a Constituição prevista de vários direitos individuais contrários ao sistema autoritário e não havia partidos políticos. O Tribunal Constitucional Húngaro foi o que salvou a democracia do país ao construir decisões judiciais que dessem aplicação aos direitos da Carta Maior do país. Isso revela a ideia de que não deve o juiz ser deferente a decisões tomadas em favor da maioria.

São características do ativismo judicial a mudança da política pública pelo judiciário, o alto grau da separação política e das decisões políticas. Encontra-se

[130] Ferraz Júnior, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. Revista USP – Dossiê Judiciário, n. 21, p. 15, São Paulo, março/abril/maio, 1994

o ativismo quando ultrapassa o juiz as opções jurídicas fornecidas pelo legislativo para fornecer as suas.

No artigo sobre as dimensões do ativismo, observa Bradley Cooper[131] que pode vir o ativismo por bem ou por mal. Relata o teórico que: "It can be liberal or conservative, libertarian or statist, politically necessary or unnecessary, or, for that matter, unrelated to ideology and politics at all."[132].

Não é a corte constitucional imposição do sistema, mas o discurso de defesa da carta Constitucional. Aquela não é indispensável, mas possui força retórica. É a atração da corte para proteger a Carta Magna e o seu papel de criticar os outros poderes. Tribunal criado para realizar o controle de constitucionalidade é tribunal tendente ao ativismo.

O tribunal que exerce a jurisdição comum e a jurisdição constitucional não precisa declarar a inconstitucionalidade. A existência do controle concentrado serve de incentivo para que se critique o legislador. As cortes constitucionais muitas vezes se valem de decisões aditivas.

A mutação constitucional tem por pressuposto mudança de valoração jurídicas dos fatos pela sociedade. Deste modo, para existir aquela, é necessário demonstrar essa mudança de forma que a mutação constitucional é vista com cautela.

Quanto mais uma Constituição é rica em princípios, mais irá propiciar o ativismo porquanto oferece maior margem a argumentos. Quanto mais analítica for a Constituição, maior a probabilidade de ocorrerem atritos entre o legislador e a Constituição. Conceitua-se o ativismo judicial, desta forma, como a atividade do juiz que substitui a vontade do legislador ou que supre a sua manifestação de vontade.

---

[131] Bradley Cooper Cannon revela seis dimensões do ativismo judicial. Diz o autor que são essas dimensões: " Majoritarianism – the degree to which policies adopted through democratic processes are judicially negated. Interprety Stability – the degree to which earlier court decisions, doctrines or interpretations are altered. Interpretative Fidelity, Substance/ Democratic Process Distinction, Specificity of Policy, Availability of an alternate policymaker (é possível escrever mais)." Cannon, Bradley C.. Judicature. Volume 6, Number 6. December-January, 1983, p 239

[132] Idem, p. 247

No juízo da razoabilidade e proporcionalidade da lei, o princípio da proporcionalidade é considerado bastante em si para ser utilizado pelo juiz. Para se entender o princípio da razoabilidade o estudo parte da distinção entre princípios e regras[133]. Num sistema apenas de regras, todo o juízo seria apenas de subsunção da lei ao caso real.

Os princípios se voltam para uma dimensão valorativa. Não possuem eles conteúdo fixo ou pré-determinado. São comandos ou mandados de otimização porque como não deixam claro o comportamento a ser realizado, eles iniciam a norma jurídica, mas dependem de outras normas para serem complementados.[134]

Conflitos entre regras se resolvem pelos critérios cronológicos, hierárquico e da especialidade. Já no embate de princípios, deve-se verificar qual destes irá ponderar. Para Dworkin, existe uma única resposta correta que vai levar em conta as contingências do momento.

Para Matias Klars, as regras têm sentidos necessários e os princípios não. Alexy parte do pressuposto de que não existe uma única resposta correta para cada problema. Conforme Dworkin, este é um ideal para um juiz ideal chamado Hércules. O juiz precisa demonstrar que a sua decisão é a correta.

> mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz

[133] Afirma Robert Alexy sobre a diferença de princípios e regras: " El de generalidad es el (criterio para la distinción) más frecuentemente utilizado. Los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Como otros criterios de distinción se discuten la determinabilidad de los casos de aplicación, la forma de su génesis, el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea del derecho o a una ley jurídica suprema y la importancia para el ordenamiento jurídico. Además, las reglas y los principios son diferenciados según que sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos o según se trate de normas de argumentación o de comportamiento". Alexy, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 82 e segs. Já para Ronald Dworkin, a diferença entre principios e regras " é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida.". Dworkin , Ronald. Levando os direitos a sério. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo: 2010, p. 39).

[134] Diz Robert Alexy que: "los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos." Idem, p. 86.

> continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo (casos difíceis) descreve as questões que juízes e juristas têm que enfrentar, mas não garante que todos eles deêm a mesma resposta a essas questões.[135]

O juiz necessita demonstrar a sua decisão e qual o princípio prevalece sobre o outro. Para resolver o caso da ponderação é necessário a fundamentação do juiz. Dworkin começou a escrever teses de que não basta o positivismo. Tem-se que levar em conta os princípios, diz Dworkin ao substituir na cadeira de professor da University College de Londres Hart[136], positivista ideal. Hart dizia que a extensão da discricionariedade é reduzida. Diz Dworkin que há várias opções de resolução do caso.

Alexy segue a linha de Dworkin no sentido de que para chegar-se a melhor solução possível, deve-se demonstrar o procedimento que foi adotado para alcançar a aquela solução. Diante disto, deve-se chegar a uma dupla ordem de justificação, interna (lógica) e externa, que implica na fundamentação jurídica das premissas do raciocínio, como por exemplo os precedentes, métodos de racionalização. A apreensão de Alexy é montar uma estrutura do discurso para racionalizar a decisão. Preocupa-se em demonstrar que os direitos fundamentais têm natureza de princípio.

---

[135] Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a sério. Editora WMF Martins Fontes – 3ª ed. – São Paulo, 2010, p. 127 e ss.

[136] Para Dworkin, "a versão do positivismo de H. L. A. Hart é mais complexa que a de (John) Austin. Em primeiro lugar, ele reconhece, ao contrário de Austin, que regras podem ser de tipos lógicos diferentes. (Hart distingue dois tipos de regras, que chama 'primárias' e 'secundárias'.) Em segundo lugar, ele rejeita a teoria de Austin segundo a qual uma regra é uma espécie de ordem e a substitui por uma análise mais elaborada e geral do que são regras. Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de (H. L. A.) Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário." Dworkin , Ronald. Levando os direitos a sério. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo: 2010, p. 31 e ss.

Princípios são pontos de otimização fáticos e jurídicos[137]. A realidade vai modular a incidência dos princípios. É necessário considerar as possibilidades reais. *Prima facie*, você tem um direito baseado no princípio. Para verificar isso, é necessário confrontar o princípio com os fatos e com os outros princípios. Diante disso, entra-se no juízo de proporcionalidade. Para Robert Alexy, sempre que se fala no princípio refere-se a proporcionalidade.

A cada ponderação vale uma regra, segundo a qual num caso vale o princípio y e no outro vale o princípio x. O princípio da proporcionalidade é aplicado para se verificar qual princípio prevalece sobre o outro. O interprete tem que procurar conciliar na maior medida possível os princípios conflitantes. A proporcionalidade vai medir dois princípios que estão em desarmonia.

A razoabilidade e a proporcionalidade são analisadas pelo Supremo Tribunal do Brasil como termos sinônimos. Quanto maior a interferência sobre um maior a importância sobre o princípio privilegiado, de acordo com a 1ª lei da ponderação. A interferência deve ser proporcional, isso ocorrerá quando for útil ao princípio que deve prevalecer. Expressa o princípio da adequação que a interferência deve ser apropriada, como, por exemplo, no caso dos botijões de gás do estado do Paraná. Às vezes a medida é adequada, mas não é necessária, como por exemplo o tiro de canhão para se matar o mosquito.

O teste da necessidade é o 2º requisito da proporcionalidade. Uma medida pode vencer os testes da adequação e da necessidade e ser, ainda assim, inconstitucional por não vencer o teste da proporcionalidade em sentido estrito. É preciso fazer a ponderação para harmonizar os princípios em atrito. A fórmula da ponderação vai guiar a decisão do juiz para dizer que um princípio prevalece sobre o outro quando a realização dos dois testes anteriores não for possível. O peso abstrato pode ter a forma leve, média ou grave.

Os direitos fundamentais, no pós-segunda guerra mundial, passaram a ter uma função autônoma em relação ao legislador. Passaram a ser de aplicação

---

[137] Diz Robert Alexy: "En cuanto mandatos de optimización, los principios no sólo exigen la mayor realización posible en relación con las posibilidades fácticas, sino también la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas." Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, p.27

imediata. No neoconstitucionalismo, após a segunda grande guerra, tem os poderes constituintes que estar subordinados a Constituição

O legislador tem papel primário na aplicação dos direitos fundamentais. O juiz tem papel subsidiário em relação ao legislador. A eficácia mínima dos direitos fundamentais indica que estes devem ter uma aplicação mínima. A máxima efetividade dos direitos fundamentais revela o oposto.

Quando houver controvérsia doutrinária sobre os direitos fundamentais, a crítica com relação às decisões judiciais será maior. A proibição do retrocesso indica que uma vez atingido um patamar de satisfação dos direitos fundamentais, este patamar não pode voltar atrás, porque senão se estará esvaziando o direito fundamental. Uniu-se as teorias da proibição do retrocesso e da máxima efetividade de modo a evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais.

II.2. – Ativismo Judicial e o Mandado de Injunção 708

O Direito de greve é garantia prevista pela Constituição Federal aos trabalhadores de todas as áreas, conforme sua previsão no artigo 9º. Preceitua o "caput" deste artigo que é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender." Ressalte-se que não é o direito de greve amplo o suficiente a ter condições de infringir outras regras de modo que os abusos cometidos pelos grevistas sujeitam-nos às penas da lei, de acordo com o que prescreve o § 2º, do seu artigo artigo 9º.

A greve necessita de regulamentação legal para ter aplicação porquanto aquilo que determina a Carta Magna, em seu § 1º, artigo 9º, o qual prescreve que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Esta regulamentação legal para o pleno exercício do direito de greve já foi criada pela lei 7.783/89 para os trabalhadores privados ou da iniciativa privada. Contudo, o parlamento ainda não editou norma que regule o exercício do direito

constitucional de greve para os trabalhadores ou servidores do poder público[138], cuja necessidade de regulamentação é novamente prevista no artigo 37, VII, da carta maior, o qual determina que o direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica.

Da necessidade de aplicação de direito constitucionalmente garantido de greve, o qual necessita de regulamentação conforme determinação dos dispositivos constitucionais acimas referidos, apresenta-se cabível impetração de mandado de injunção coletivo por sindicato de trabalhadores ou servidores públicos no qual será o julgamento de competência da Suprema Corte brasileira.

Nos mandados de Injunção do exercício do direito de greve, O Supremo Tribunal Federal, enfim, conseguiu reverter a jurisprudência (tese não concretista) iniciada no final dos anos 1980, como MI 107 -3 QO/DF. Essas ações (MI 670-9/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007; MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007; MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25-10-2007) teriam "representado o overruling do MI 20-4/DF (Rel. Min. Celso de Mello, j. 15-5-1994), por meio do qual determinou a aplicação da tese não concretista ao direito constitucional dos servidores públicos de realizar a greve."[139].

O Mandado de Injunção nº 708 refere-se a remédio constitucional impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) em face do Congresso Nacional. Nos autos, o impetrante questiona ato omissivo do Legislativo Federal com relação à persistência da situação de ausência de Lei específica para regulamentar o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis nos termos do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal (conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.)

---

[138] Ressalte-se que o direito constitucional de greve foi previsto somente aos servidores públicos civis na medida em que o militar, que se dedica às Forças Armadas, não pode exercer a greve conforme vedação preceituada no artigo 142, § 3º, inciso IV, da Carta Magna.

[139] Mendes, Gilmar Ferreira et alii. Mandado de Injunção, estudos sobre sua regulamentação. Ed. Saraiva, série IDP. 2013, p. 87.

De início, a decisão do mandado de injunção fará coisa julgada não *erga omnes*[140], mas *inter partes*. Contudo é possível o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de sentença oponível a todos como o que aconteceu no Mandado Injunção nº 708, que corroborou o MI nº 670, ao proferir decisão aditiva com efeitos *erga omnes*. Diz a ementa do julgamento que:

> EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (...) 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1o). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas

---

[140] Existe divergência quanto aos efeitos da decisão do mandado de injunção. Possui a doutrina entendimentos distintos, " uma corrente defendia que o mandado de injunção teria os mesmos efeitos que a declaração de inconstitucionalidade por omissão, sendo esta a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho(...); outra, por sua vez, entendia serem viáveis a fixação de prazo e, eventualmente, a previsão de sanção no caso de inadimplemento; e, finalmente, vários autores sustentavam que no mandado de injunção, como no mandado de segurança, o Tribunal deveria decidir o caso concreto – conforme assinalavam, por exemplo, o ministro e professor Adhemar Ferreira Maciel;(...) Celso Barbi (...) e José Afonso da Silva." Meireles, Hely Lopes. Mendes, Gilmar Ferreira. Wald, Arnoldo. Madado de Segurança e ações constitucionais. Ed. Malheiros. São Paulo. 2012, p.336

aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2o)..(...). 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9o a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e

municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7o da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7o da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de

> greve dos servidores públicos civis. (MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471)

Quando os direitos fundamentais são aplicados sem edição de norma ordinária, a jurisdição constitucional da Suprema Corte pode impor condenação ao poder legislativo de obrigação de fazer de editar regra de dar satisfação de direito fundamental como, no caso apresentado, o direito fundamental de greve dos servidores públicos. "O chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função."[141]

Portanto, conforme revelado antes, mostra-se o ativismo judicial como construção jurisprudencial de maior margem argumentativa, que leva em consideração a realidade em que se vive para interpretar a norma inserida no ordenamento do direito e vai além da simples dedução de aplicação da premissa maior (Lei), à premissa menor (fato concreto) para se alcançar à conclusão (pura e simples subsunção da lei ao fato real).

Ao substituir a manifestação de vontade do parlamentar na feitura das decisões judiciais, o membro do poder jurisdicional constrói sua decisão além da simples subsunção da norma ao caso concreto. "É o oposto do ativismo a auto-contenção, que é, às vezes, associada a uma postura de deferência servil aos poderes políticos, numa timidez produtora de resultados infaustos."[142].

Ao fixar o prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legisle sobre o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis e por suprir a sua vontade por determinar que se aplique a estes legislação que regula a greve dos trabalhadores da iniciativa privada (lei 7.783/89) para que exercitem o

[141] Min. Celso de Mello. Anuário da Justiça de 2010. Consultor Jurídico, 2010, p.77.
[142] Fellet, André. Branco, Paulo Gustavo Gonet et alii (orgs). As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium,2011, p. 393.

direito de greve, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão jurisdicional na qual verificam-se características de ativismo judicial.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid, 1993.

.__________. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

CONSULTOR JURÍDICO *Anuário da Justiça de 2010*., 2010

CANNON, Bradley C.. *Judicature*. Volume 6, Number 6. December-January, 1983

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. Ed.. Coimbra: Almedina

DWORKIN , Ronald. *Levando os direitos a sério*. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo: 2010,

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP – Dossiê Judiciário, n. 21, p. 15, São Paulo, março/abril/maio, 1994

MEIRELES, Hely Lopes. Mendes, Gilmar Ferreira. Wald, Arnoldo. *Madado de Segurança e ações constitucionais*. Ed. Malheiros. São Paulo. 2012

MENDES, Gilmar Ferreira. Vale, André Rufino do. Quintas, Fábio Lima. *Mandado de Injunção, estudos sobre sua regulamentação*. Ed. Saraiva, série IDP. 2013

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. Ed. Malheiros. São Paulo, 2013

Ativismo Judicial (Nepotismo)

Camila de Oliveira Castro[143]

Introdução

A origem do ativismo judicial se deu na jurisprudência norte-americana. No Brasil, o ativismo judicial se difundiu com a redemocratização e com o advento da Constituição Federal de 1988, de forma a buscar a efetivação dos direitos fundamentais previstos, por meio de uma assimilação em prol da supremacia dos princípios e valores nela consagrados. Assim, este ideal em prol dos direitos fundamentais, em adição às omissões legislativas e executivas e a necessidade por políticas públicas eficientes culminaram num novo contexto para atuação ativa do Poder Judiciário.

A conceituação doutrinária para o termo ativismo judicial é diversificada, mas em linhas gerais pode-se dizer que o ativismo judicial consiste em um exercício ou uma postura jurisdicional que ultrapassa os limites de suas funções típicas, que lhe são conferidas pela ordem jurídica, em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Neste sentido, o ativismo judicial pode ser entendido como uma tendência do Poder Judiciário em realizar os exercícios do Poder Legislativo e Executivo, em situações especiais, inclusive em face da ausência irresponsável destes últimos, nos segmentos de sua competência constitucional originária.

O ativismo judicial se difere da judicialização. A expressão judicialização significa dizer que certas questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias tradicionais, como o Poder Legislativo e o Executivo, havendo, portanto, uma transferência de poder para os juízes e tribunais. Já o ativismo judicial, diversamente, consiste em um fenômeno em que o Poder Judiciário atua ativamente partindo de uma

[143] Mestranda em Constituição e Sociedade- Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

interpretação dos preceitos normativos, de forma a conceder uma máxima efetividade e concretização dos direitos.

Assim, diante deste contexto existem posições contrárias e a favor do ativismo judicial. Aqueles que são contrários à postura ativista, partem da ideia do questionamento da legitimidade do Poder Judiciário, diante do princípio da separação dos poderes. Isto porque a atuação de forma diversa das características constitucionalmente atribuídas a determinado Poder resulta em uma intromissão imprópria no âmbito da competência de outro Poder. O ativismo judicial neste sentido extrapola as funções do Poder Legislativo, e Executivo, podendo também incidir sobre as funções administrativas.

Já os que são favoráveis do ativismo judicial, entendem que o fenômeno não possui uma conotação meramente negativa, mas também positiva, no sentido de que fornece uma modificação ou adequação do direito a partir das imposições e necessidades sociais surgidas e das novas valorações advindas no seio da sociedade.

O Poder Judiciário como um todo, em especial o Supremo Tribunal Federal vem assumindo este posicionamento ativista, no sentido de tornar mais efetivos os direitos e garantias insculpidos na Constituição Federal de 1988, assumindo assim, um papel político-institucional inovador. Neste sentido, vários são os casos em que o Judiciário atuou de forma ativista, como a perda de mandato por desfiliação partidária, a implementação de direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada, o reconhecimento da união homoafetiva, a distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial, dentre outros.

O presente trabalho faz a análise do ativismo judicial no que concerne ao caso da restrição à nomeação de parentes para os cargos em comissão ou de confiança, ou de função gratificada, questão esta em que o Supremo Tribunal Federal primeiramente reconheceu tal proibição no âmbito do Poder Judiciário, quando julgou procedente a Ação Direta de Constitucionalidade nº 12-6/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que pleiteava a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Esta

Resolução, em seu art. 1º veda a prática do nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos que forem assim caracterizados. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, decidiu por manifestação unânime, que embora a Resolução do CNJ nº 7/2005 restringia a vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, tal prática é ilegal e estende-se também aos demais Poderes Públicos. Por último, o Supremo Tribunal Federal assentou seu posicionamento de vedação ao nepotismo no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, e de todas as unidades federativas, através da Súmula Vinculante nº 13, com base nos princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência.

1. A restrição à nomeação de parentes para os cargos em comissão ou de confiança, ou de função gratificada:

Quanto a esta temática de restrição à nomeação de parentes da autoridade nomeante ou de outras autoridades que desfrutem de poder decisório considerável no âmbito da mesma pessoa jurídica, para os cargos de confiança, o Supremo Tribunal Federal firmou seu posicionamento, agindo de forma ativista, ao realizar o desdobramento de princípios constitucionais. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal acabou por construir uma questão normativa, inerente à legislação ordinária. Este entendimento visa o combate ao nepotismo, isto é, o favorecimento de parentes para o provimento de cargos em comissão ou a designação de funções de confiança.

É de se destacar a existência de normas que versam sobre a restrição de nomeação de parentes para funções de confiança ou para cargos de livre-provimento, quais sejam, art. 10, da Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, revogada pela Lei nº 11.416, de 2006 (art. 6º) e o art. 22, da Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000, revogada pela Lei nº 11.415, de 2006 (art.5º), no âmbito do Poder Judiciário da União e do Ministério Público da União, respectivamente.

Assim, houve decisão de vedação ao nepotismo no Supremo Tribunal Federal, que representou exemplo marcante de ativismo judicial. Diante da ausência de vedação legal expressa, o STF reconheceu esta proibição, ao julgar procedente a Ação Direta de Constitucionalidade nº 12-6/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), fundamentando-se sob os princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade e eficiência. A ação objetivava a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que versa acerca do exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário. De tal forma, o STF validou a referida Resolução, que proibia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Vejamos:

> EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junge essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2° do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da

> Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (ADC 12/DF, Relator Min. Carlos Britto, Julgamento: 20/08/2008).[144]

Nesta ADC, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos decidiu, tendo-se por fundamento a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, ao considerar que o parágrafo 4º, do art. 103-B, CF 88, acrescido pela EC 45/2004 confere ao CNJ poder normativo autônomo para decretar regras gerais e abstratas, com força de lei, no que tange às matérias de sua competência. Além disso, entendeu que a Resolução, no que tange à vedação do nepotismo, regulamentou aquilo que foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, em decorrência dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência (caput, art.37). Assim, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os citados princípios constitucionais são normas jurídicas com efeitos de aplicação imediata, veiculadores de condutas para os seus destinatários, não havendo necessidade, portanto, de lei formal que institua a proibição do nepotismo.

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, esta proibição foi estendida aos outros Poderes. Isto porque, embora o STF tenha estabelecido que a eficácia vinculante do texto da referida Resolução estaria circunscrito ao âmbito da magistratura, a sua força normativa deriva dos princípios elencados no art. 37, caput, da CF, tendo a mesma somente disciplinado de forma detalhada, os aspectos da vedação ao nepotismo na seara da atuação dos órgãos jurisdicionais.

Além do mais, restou assentada nesta decisão que a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal secundária que coíba tal prática, haja vista que tal proibição decorre diretamente dos princípios versados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, de impessoalidade, moralidade administrativa e da eficiência.

Posteriormente, com fundamento no art. 103-A, da Constituição Federal de 1988 foi editada a Súmula Vinculante nº 13, com o seguinte teor:

---

[144] ADC 12-6/DF. Relator Ministro Carlos Britto. Julgamento: 20/08/2008.

> A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia, ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.[145]

Assim, com base nestes precedentes, o Supremo Tribunal Federal vem reafirmando seu posicionamento frente a diversos casos.

O questionamento acerca desta posição ativista do Supremo Tribunal Federal está em saber se poderia ter sido assentado tal entendido mediante a mera aplicação direta de princípios constitucionais, por meio de uma interpretação extensiva. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal se deu em decorrência do art. 37, caput da CF, com redação atribuída pela EC 19/98, que dispõe que: "A Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência."

No que se refere ao princípio da impessoalidade, este foi invocado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a Administração deve atuar em conformidade com o interesse público e não em prol de algumas pessoas. No que tange ao provimento de cargos públicos de natureza administrativa, o referido princípio anuncia o art. 37, II, da CF 88, que prevê que a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Logo, o STF valeu-se da impessoalidade, pois esta consiste em princípio da Administração Pública, tendo como intuito obstar a confusão entre as esferas pública e privada. Já quanto ao princípio da moralidade, este também norteia a atuação da Administração Pública, sendo que esta moralidade se difere da moral comum da sociedade, pois é pautada na ideia

---

[145] Súmula Vinculante nº 13.

de moral administrativa, que se baseia na ética, na probidade, na boa-fé, na honestidade e no decoro.

Necessário dizer também que a função de confiança consiste nas atividades de chefia, coordenação, supervisão, inseridas em atribuições de cargos de provimento efetivo. Já os cargos em comissão dependem de criação por lei e se referem às atividades em que existe a necessidade de confiança pessoal no servidor, da autoridade nomeante, para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, nos termos do art. 37, V, da CF.

No entendimento de Elival da Silva Ramos, o princípio da impessoalidade não constitui impedimento para os provimentos ou designações de parentes, em decorrência da própria Constituição Federal de 1988, que de forma expressa autoriza aos Chefes de Poder, ou as autoridades delegadas, a nomeação com critério da confiança pessoal, devendo-se observar a habilitação exigida em lei para o provimento dos cargos em comissão. Ademais, a nomeação ou designação para cargo de confiança é subjetiva e de tal modo, a autoridade nomeante detém uma competência discricionária.

Já quanto aos princípios da moralidade administrativa e da eficiência, para o referido autor, estes também não permitem de igual modo, alcançar as conclusões firmadas pelo Supremo Tribunal Federal. Isto porque a opção da autoridade nomeante por um parente, para a ocupação de cargo em comissão, está em conformidade com o critério de confiança estabelecido expressamente na Constituição Federal de 1988. Neste caso, não existirá a incidência da imoralidade administrativa se o servidor nomeado atender corretamente aos requisitos legais para o provimento do cargo e o exercer de forma regular.[146]

Diante de todo o exposto, o STF agiu de forma ativista, ao disciplinar a restrição ao provimento de cargos de confiança por parentes da autoridade nomeante, ou de outras autoridades que desfrutem de algum poder decisório, no âmbito da mesma pessoa jurídica, com base nos princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência, ao mesmo tempo em que entendeu

[146] Ramos, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo, Editora Saraiva: 2010, p. 263.

pela desnecessidade de regramento infraconstitucional para regulamentar tal vedação.

Acerca de tais entendimentos, há que se dizer ainda que há posicionamento no sentido de que seria necessária a intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais. Para tanto, inicialmente, há que se fazer a diferenciação entre as regras constitucionais e os princípios constitucionais. As primeiras consistem em norma do que se deve fazer e os últimos consistem em norma do que se deve ser. Isto quer dizer que os princípios consistem em espécie de norma jurídica, indicando um preceito geral que orienta os operadores do direito. Já as regras jurídicas dispõem sobre uma conduta específica.

Assim, muitas regras constitucionais admitem que o legislador realize uma expansão da normatização, através de normas infraconstitucionais. Já quanto às normas constitucionais principiológicas existiria uma limitação para sua concretização pelo Judiciário, como aponta Elival da Silva Ramos, verbis:

> É nesse ponto que se deve explicitar a existência de importante limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, precisamente por não estarem compreendidas no respectivo campo de incidência, tal qual inicialmente proposto pelo Constituinte, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará, como sói acontecer com toda regulamentação subalterna, ao controle judicial *a posteriori*, típico de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade.[147]

Conclusão

O tema ativismo judicial tem sido bastante discutido na atualidade, em decorrência das intervenções realizadas pelo Poder Judiciário. Pode-se dizer que o ativismo judicial consiste numa atitude ou conduta de expansão da função jurisdicional, além de seus limites impostos pelo ordenamento jurídico, através da interpretação constitucional para suprimento de lacunas, ou para sanar as

---

[147] Ramos, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo, Editora Saraiva: 2010. P.186.

omissões legislativas ou também determinar políticas públicas quando estas restarem ineficientes ou até mesmo inexistentes. Neste sentido, importante deixar claro que o ativismo judicial consiste em uma atividade de exceção à regra.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem se desenvolvido no campo do ativismo judicial, como no exemplo apresentado neste trabalho, acerca da questão da vedação do nepotismo no âmbito dos três Poderes Estatais. Assim, nesta matéria ocorreu uma conduta ativista baseada no desdobramento dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, o STF entendeu que a prática do nepotismo estaria em desacordo com os referidos princípios, e assim, por conseguinte, violaria os preceitos constitucionais.

Acerca desta questão, é de se indagar se são necessárias regras específicas proibitivas, ou se resta suficiente a aplicação direta dos princípios jurídicos constitucionais, abrangendo assim, a sua extensão para a vedação ao nepotismo no âmbito dos Poderes Estatais. Há entendimento, no entanto, no sentido de que se faz necessária lei específica impeditiva da prática do nepotismo.

A partir das decisões trazidas no presente trabalho, de proibição da prática do nepotismo na Administração Pública, é de se constatar que o Supremo Tribunal Federal vem se utilizando de seu poder jurisdicional, no sentido de criar normas jurídicas a partir de princípios constitucionais, no caso, os da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, previstos no art. 37, caput, CF 88.

Apesar dos questionamentos é certo, no entanto, que a disciplina legal de vedação ao provimento de cargos de confiança, por parentes da autoridade nomeante, ou de outras autoridades detentoras de poder decisório na seara da mesma pessoa jurídica é recomendável, no sentido de manter incólume a função pública.

Referências Bibliográficas

- Ativismo judicial e déficits democráticos: Algumas experiências latino-americanas e européias. Organizadores: Rogério Gesta Leal e Mônica Clarissa Henning Leal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011;

- Branco, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio - o ativismo judicial. Publicado em As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Podium, 2011, p. 387-402;

- Corrupção, ética e moralidade administrativa. Coordenadores: Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun, Renata Porto Adri. Belo Horizonte: Fórum, 2008;

- Direito e democracia: estudos sobre o ativismo judicial. Coordenação Bárbara Lou da C. Veloso Dias, Ana Darwich. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, Belém, PA: CESUPA, 2011;

- Gomes, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navegandi, Teresina, ano 14, n.2164, 4 de junho de 2009, disponível em: http://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes, acesso em 20/08/2014;

- Ivan Brarbosa Rigolin. Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. Fórum Administrativo- Direito Público – FA. Ano 7, n.80, outubro 2007. Belo Horizonte, p. 10-15;

- Koerner, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. São Paulo: Novos estudos – CEBRAP, nº 96, julho de 2013, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200006&script=sci_arttext, acesso em 17/08/2014;

- Martins, Ives Gandra. Ativismo judicial do STF. Revista visão jurídica. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp, acesso em 17/08/2014;

- Medeiros, Fabrício Juliano Mendes. O ativismo judicial e o direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

- Notícias do STF, disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752;

- Ramos, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010;

- Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12121-resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005- , acesso em 20/08/2014;

- Súmula Vinculante 13, disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227,

- Streck, Lenio Luiz e Barreto, Vicente de Paulo. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus navegandi. Teresina, ano 14, nº 2218, de 28 de julho de 2009. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias, acesso em 25/08/2014.

Ativismo judicial em matéria previdenciária e a proteção efetiva a direito fundamental do trabalhador rural

Ana Cláudia Loiola de Morais Mendes

Resumo: o presente artigo visa avaliar a origem e conteúdo do termo ativismo judicial, bem como verificar sua caracterização em julgado oriundo do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de acórdão versando sobre matéria previdenciária, assegurando direito fundamental ao trabalhador rural de percepção de tempo de serviço anterior ao limite mínimo estabelecido na Constituição.

Palavras-chave: ativismo, judicial, matéria, previdenciária, trabalhador, rural, tempo, serviço.

Introdução

A observação diária do crescente número de decisões advindas do Judiciário, nas quais se percebe uma efetiva implementação de conceitos, dirigidos à concretização e efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, faz inferir a imprescindibilidade da discussão acerca do ativismo judicial.

A judicialização de questões relevantes sob o ponto de vista político, social e moral – reflexo da expansão do Estado, em todos os seus ramos, evidenciando nítido contrapeso, em um sistema democrático de "checks and balances"[148], acabou descortinando à comunidade jurídica brasileira o contato com o ativismo judicial.

Neste ponto, importa ressaltar as evidentes transformações sociais operadas em razão da interferência, agora, do Estado realizador, na busca da concretização dos direitos sociais previstos na carta maior de direitos do cidadão, agora, com maior razão, na atividade dos juízes, não mais como meros

[148] CAPELETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 19.

intérpretes no sentido de declarar o teor da lei, mas na efetiva atividade de criação do direito.

Muito se discute – e o debate só tende a aumentar, diante do incremento das demandas que envolvam satisfação de direitos sociais – sobre a possibilidade de interferência do Judiciário na esfera de competência originariamente atribuída ao legislador. O tema – ativismo judicial – a cada dia adquire maior relevo, e muitos se perguntam se o termo "ativismo" está inevitavelmente ligado à invasão da esfera de competência.

O presente trabalho se propõe, inicialmente, a traçar um breve histórico sobre as origens do termo ativismo judicial, para logo após analisar a forma pela qual se deu efetiva concretização do direito do trabalhador rural ao cômputo do tempo de atividade em período anterior aos quatorze anos de idade, em contraponto ao previsto expressamente na legislação de regência, todavia, em atendimento à máxima efetividade do direito fundamental de proteção ao trabalhador.

1. O princípio da tripartição do poder

A ideia de separação de poderes, ou melhor, de tripartição do poder estatal, remete-nos à obra de Montesquieu, que teve, em seu livro "O Espírito das Leis", sua fórmula mais acabada, estabelecendo uma distinção entre um poder legislativo, um poder executivo das coisas que dependem do direito das Gentes (chamado de Poder Executivo do Estado) e um poder executivo das coisas que dependem do Direito Civil (poder de julgar). Esta divisão de poderes estava associada à independência de cada um desses ramos, ordenando-se por si mesmos, exercendo controles recíprocos ou impedindo determinações adotadas pelos outros. Seu objetivo claro era limitar o absolutismo monárquico: o legislativo faria as leis, limitando o campo de atuação do Executivo, restrito a dar

execução às leis adotadas, e um Judiciário independente estaria apto a conter as tentativas de desvio ou autoprogramação do executivo[149].

> Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobre, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos[150].

A partir dessa formulação, a separação de poderes passou a constituir substância na construção e aprimoramento do Estado Democrático de Direito, a ponto de ser considerada critério último para a aferição da legitimidade. Na Constituição de 1988, vem disciplinada em seu artigo 2º, que preconiza como poderes da União, o Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos, disposição com status de cláusula pétrea, portanto, imune a emendas, reformas ou revisões.

Evidentemente, o princípio em questão há de ser compreendido, como decorrência da evolução histórica verificada desde o seu inicial desenvolvimento até os dias atuais, de forma adequada a conformar-se diferentes realidades constitucionais, flexibilizando-se o conceito, em um círculo hermenêutico em que teoria da constituição e experiência constitucional mutuamente se completem, se esclarecem e se fecundem[151].

Não é o caso, no momento presente, de encarar-se a separação de poderes da mesma forma que no período pós revolucionário, que ensejou a limitação do poder do soberano, assim como a urgência da instituição de poderes fiscalizadores, harmônicos e independentes, para a gestão da coisa comum. A inegável atribuição de competência mista aos poderes da República é fato legitimado pela ordem jurídica. No âmbito de sua estrutura interna, e mesmo em hipóteses excepcionais (artigo 62 da Constituição Federal), ao Executivo é autorizada a função legiferante, assim como a decisória, administrativa. Ao Legislativo, cuja atribuição precípua conferida constitucionalmente é legislar,

---

[149] SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.427.

[150] Do Espírito das Leis, apud MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 145.

[151] Id., ib. p. 146.

também compete a administração interna corporis, assim como as decisões administrativas.

Ou seja, falar-se em Estado de Direito, constitucional, equivale a reconhecer que existe uma estrutura orgânica a ser observada, com atribuição de funções de legislar, administrar e julgar a órgãos distintos e independentes, mas que ao mesmo tempo se controlem reciprocamente. Para além da tripartição do poder, exige-se a imposição do controle recíproco de funções (checks and balances), sendo tal o que caracteriza, precipuamente, um estado de direito democrático. E é a partir daí que se estabelece a controvérsia acerca da possibilidade de o Judiciário, dentro de sua atuação constitucional, ou seja, exercendo o poder de julgar, terminar interferindo na esfera de um dos outros poderes constituídos.

2. Origens do termo ativismo judicial.

O termo *judicial activism* foi primeiramente utilizado pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., em matéria intitulada "The Supreme Court: 1947", na revista Fortune, na qual se referia à capacidade de desempenhar papel afirmativo na promoção do bem-estar social, chamando de "ativistas judiciais" (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. No mesmo texto, os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram chamados de "campeões de auto-contenção" (*champions of self-restraint*), em razão de entenderem que o Judiciário não deveria ultrapassar seu espaço limitado dentro daquele sistema jurídico.

Fato que Schlesinger imediatamente detectou e deixou claro, em seu artigo, foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento de sua cientificidade. Enquanto os juízes caracterizados como "ativistas" entenderiam indissociáveis Direito e Política, e em consequência admitiriam a inexistência de uma resposta correta, os partidários da "auto-contenção" ou "autocomedimento" não seriam mais que um retrato de uma pretensão de objetividade no ato

decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador[152].

No Brasil, uma nova ordem constitucional foi instituída pela promulgação da Constituição de 1988, que atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado e a previsão de todo um rol de direitos fundamentais a serem protegidos. Em tempos de formação de uma nova consciência constitucional, muito se discute acerca do termo ativismo constitucional, utilizado amplamente, todavia sem uma definição clara e universalmente aceita. As discussões acerca do ativismo judicial nos remetem ao que efetivamente a palavra traz em termos de significação jurídica.

Em um sentido geral, o ativismo judicial vem ligado à ideia de liberalismo político, em oposição à contenção, ligada ao conservadorismo. Enquanto os críticos que viam no ativismo uma forma de interferência do Judiciário, conferindo feição liberal aos resultados das decisões, aqueles que pugnavam por contenção eram, em sua maioria, conservadores.

Todavia, o quadro nem sempre foi este, na jurisprudência americana, na qual o termo finca suas origens. As discussões clássicas do ativismo estavam inicialmente focadas no tema da nulificação de determinada legislação liberal por uma justiça conservadora.

O aumento da complexidade das relações sociais, decorrente de processos sociais, econômicos e políticos que culminaram na transformação da estrutura social e do Estado, levou a insuficiência do ideal do positivismo jurídico, pelo qual incumbiria ao Juiz decidir apenas e tão-somente em conformidade com o anteriormente escolhido pelo legislador, cedendo-se espaço ao que se convencionou nominar “pós-positivismo jurídico”, uma vez que o órgão jurisdicional estatal deixa de funcionar como mero intérprete da lei, passando a

[152] In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política”. Revista de Direito GV, vol. 8, nº 1. São Paulo. Jan/jun 2012. http://dx.doi..org/10.1590/S1808-24322012000100002.

atuar como partícipe na criação do Direito[153]. Desta forma, a solução de excessivo apego à norma jurídica, deixando a atuação do juiz como mero aplicador da norma legal, cede espaço a uma atuação maior, intentando lastrear a aplicação do direito sempre como adequação do conteúdo da norma à justiça que lhe é inerente. O texto constitucional deixa de conter uma mera limitação do poder político do Estado, passando a ser compreendido como um valor em si, como expressão de todas as opções políticas da sociedade.

E, de fato, com o incremento das demandas trazidas a exame ao Judiciário, resultantes do aumento da complexidade nas relações sociais, não cabe mais encarar a interpretação judicial como mera atividade subsuntiva. O juiz, hoje, ao proceder a interpretação da lei ao caso concreto, dá a sua feição – e dentro do contexto em que é chamado a resolver a lide – ao caso concreto.

> É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda intepretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.[154]

Por certo, essa atividade interpretativa não é ato livre do magistrado, privado de qualquer dos limites impostos no sistema jurídico. Levando em conta que a aplicação do direito é ato de vontade humana, expressando, em maior ou menor intensidade, a compreensão particular do julgador sobre o sentido das normas, há que se concluir que questões políticas necessariamente perpassarão

---

[153] O princípio da supremacia da Constituição, cuja inspiração vem do exemplo da jurisprudência norte-americana, envolve a constitucionalização dos direitos fundamentais, imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário, incumbindo ao Judiciário sua proteção, conforme exposto por Luís Roberto Barroso (2013, p. 323).

[154] CAPELETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 42.

a atividade interpretativa, e o ato de vontade do qual resulta a decisão, necessariamente, carregará consigo determinada carga de decisão, além de jurídica, também política.

3. Atividade interpretativa e criação do direito: caso concreto – reconhecimento previdenciário do período laborativo rural anterior aos 14 (quatorze) anos de idade.

Um dos temas que ilustra a possibilidade de criação do direito por intermédio da atividade interpretativa judicial é o reconhecimento, para fins de benefício por aposentadorias, do período laborativo rural anterior aos 14 (quatorze) anos de idade, relativamente ao segurado que pretenda se aposentar por tempo de contribuição, levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Inicialmente, cumpre delinear a situação fática posta a exame pelos julgadores. Não raro se pretende, perante o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), postular o reconhecimento de período de labor rural em período anterior aos 14 (quatorze) anos de idade. Os fundamentos fáticos que lastreiam tais pretensões demonstram-se na realidade vivenciada nas comunidades rurais, em que desde cedo os indivíduos acompanham seus pais na lida diária, realidade que, se por um lado contrasta com os objetivos traçados no plano constitucional, não pode ser desprezada pelo julgador.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXXIII, visando coibir o trabalho infantil, dispõe ser direito do trabalhador a "proibição de trabalho noturno perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatoze) anos". Portanto, de acordo com o dispositivo constitucional, infere-se com razoável facilidade a proibição de qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

Registre-se que o texto constitucional de 1946 previa (artigo 157, IX) a proibição de trabalho aos menores de quatorze anos e a Constituição de 1967

(mantida pela Emenda Constitucional 01, de 1969) também dispunha acerca da proibição de qualquer trabalho ao menor de doze anos (art. 158, X).

Por sua vez, o trabalho rural, no regime de economia familiar, por filhos do produtor, parceiro, meeiro, arrendatário rural, garimpeiro, pescador artesanal ou assemelhado, somente passou a ser reconhecido como trabalho após o advento da lei 8.213/91 (art. 11, VII). Antes da edição de referida lei, os filhos dos segurados especiais não eram considerados segurados, mesmo que eventualmente ajudassem no trabalho, a não ser que houvessem contribuído como autônomos.

Diante desse cenário, a autarquia previdenciária sempre compreendeu que, na hipótese do filho que trabalha na lavoura com os pais, em regime de economia familiar, e antes dos 14 anos de idade, não havia a configuração da situação de rurícola, na condição de segurado especial. Sendo assim, não teria direito a contar o período laborativo anterior aos quatorze anos para fins de aposentadoria por tempo de contribuição, seja por não ter contribuído como segurado, seja por não ser sequer partícipe do sistema previdenciário.

De acordo com a compreensão do INSS sobre o tema, somente com a vigência da Constituição de 1988, regulamentada pelo artigo 11, VII da lei 8.213/91, o filho do chefe da unidade familiar passou a ter direito à aposentadoria, computando-se o período laborativo após completados os quatorze anos de idade.

A questão foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal por via do controle difuso de constitucionalidade de leis por meio do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 529.694, de relatoria do em. Ministro Gilmar Mendes, ementado nos seguintes termos:

> Agravo de instrumento. 2. Trabalhador rural ou rurícola menor de quatorze anos. Contagem de tempo de serviço. Art. 11, VII, da Lei nº 8213. Possibilidade. Precedentes. 3. Alegação de violação aos arts. 5º, XXXVI; e 97, da CF/88. Improcedente. Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento. Acórdão do STJ em

> conformidade com a jurisprudência desta Corte. 4. Precedentes citados: AgRAI 105.794, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, DJ 02.05.86; e RE 104.654, 2ª T., Rel. Francisco Rezek, DJ 25.04.86. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

De acordo com o entendimento esposado pelo voto condutor do acórdão, eventual nulidade do contrato de trabalho (em razão, evidentemente, da clara proibição do trabalho infantil) não é apta a inviabilizar a pretensão a benefícios previdenciários dele decorrentes, eis que estes foram instituídos em proveito do trabalhador, como norma voltada para a melhoria de sua condição social. A norma protetiva do menor – a quem é vedado o trabalho, atualmente, antes dos dezesseis anos (salvo na condição de aprendiz, aos quatorze), e em ordens jurídicas anteriores, antes dos quatorze e doze anos, jamais poderia ser interpretada, para fins previdenciários, em desfavor do beneficiário, nada obstante o disposto no artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal e o artigo 11, VII da lei n.º 8.213/91.

Ou seja, a partir do julgado referido, que nada mais fez que reproduzir entendimentos já firmados anteriormente em casos semelhantes, ficou subentendido que a proteção aos direitos sociais – no caso, o direito à proteção previdenciária – se sobreleva mesmo à proibição do trabalho infantil, posto que a vedação não poderá ser interpretada em desfavor do detentor de direito ao benefício previdenciário.

A base da fundamentação exposta no acórdão é a da máxima proteção do interesse do trabalhador, restando firmado, em consequência, que nem mesmo a nulidade do contrato de trabalho pode retirar o caráter protetivo da norma.

Conclusão

A proteção dos direitos sociais é decorrência lógica de um modelo constitucional voltado à realização dos anseios maiores da comunidade. Justamente em razão de apresentarem maior grau de densificação, demandam certa ingerência de valores políticos e econômicos, na determinação de seus respectivos conteúdos. Ou seja, passam necessariamente, no processo de

concretização, por uma decisão política, circunstância que leva à busca de uma resposta do Judiciário para os casos concretos.

E esta tarefa decorre, necessariamente, da vedação do *non liquet* ao magistrado, instado a resolver o caso concreto, e direcionado a manter ao máximo as garantias previstas, abstratamente, na Constituição. O Poder Judiciário, na visão clássica constituído para determinar e assegurar a aplicação das leis, autônomo e independente em face dos demais, ganha agora uma nova faceta, eis que na atividade interpretativa insere-se também a de criação do direito, quando em risco a proteção de direitos que gozam de maior densidade.

E, ainda que dentro dessa atividade de criação do direito (tarefa de julgar o caso concreto), o intérprete maior da Constituição possa parecer atuar contrariamente ao texto escrito da norma infraconstitucional, é na determinação do sentido desta – e de acordo com princípios maiores, de proteção de direitos fundamentais plasmados na Carta Magna – que poderá atuar para assegurar a proteção efetiva do trabalhador.

No caso concreto apresentado, pode-se perceber sem muita dificuldade a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, quando, mesmo diante do sentido inequívoco das palavras constantes da lei infraconstitucional de regência, assegurou-se tempo de contribuição anterior ao limite mínimo de idade nela previsto, justamente no escopo da proteção máxima ao direito do trabalhador.

Não se trata, evidentemente, de invasão da esfera de competência constitucionalmente atribuída a outros poderes da República, realizada pelo intérprete maior da Constituição, mas tão-somente de determinação de sentido e alcance das expressões contidas no texto da lei maior, no intuito máximo da proteção e concretização dos direitos fundamentais, nela assegurados.

Portanto, é somente a partir da construção de entendimentos como o trazido a exame que se poderá assegurar a efetiva concretização de direitos fundamentais previstos, abstratamente, na Constituição Federal, cuja afronta decorra, de imediato, da inação dos demais poderes da República. Este o papel precípuo do Judiciário, na tarefa de proteção de direito do indivíduo.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPELETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 19.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.427.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. "Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política". Revista de Direito GV, vol. 8, nº 1. São Paulo. Jan/jun 2012. http://dx.doi..org/10.1590/S1808-24322012000100002.

Crítica ao ativismo judicial no Brasil

Maria do Socorro Rodrigues Ribeiro[155]

INTRODUÇÃO

Nesse trabalho procuramos abordar o ativismo judicial um dos temas mais falados na atualidade nos meios jurídico, acadêmico e social em virtude das inúmeras consequências que dele advém ou poderá ainda advir notadamente com a interferência frequente do Poder Judiciário na esfera de competência própria ora do Poder Executivo, ora do Poder Legislativo.

Não existe, até o presente momento, um consenso quanto à definição de ativismo judicial entre os estudiosos do Direito, bem como existem dificuldades em identificá-lo. Na prática, percebe-se que o mesmo está sempre associado à realização de direitos constitucionais pelo Poder Judiciário em face de uma interpretação ativa da Constituição Federal na qual, os julgadores, em todas as instâncias, procuram extrair o máximo das potencialidades do seu texto, para que todas demandas sociais a ele submetidas sejam atendidas efetivamente.

A par disso, procuramos examinar exemplos de decisões de repercussão consideradas ativistas mormente prolatadas no Supremo Tribunal Federal, em especial, a que autoriza o aborto de fetos anencéfalo, à luz do princípio da separação de poderes, da democracia e da segurança jurídica.

Essa postura nova do Judiciário brasileiro passou a ser utilizada após o advento da promulgação da Carta de 1988, com o fortalecimento do Poder Judiciário, a expansão do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Palavras chaves: ativismo judicial - realização de direitos constitucionais – inobservância do princípio da separação dos poderes.

I – Do ativismo judicial

[155] Mestranda em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Até a promulgação da Constituição de 1988, os juízes e Tribunais no Brasil tinha uma postura passiva. Se limitavam aplicar a lei apenas aos casos concretos expressamente previstos, eram bem cautelosos para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e sobretudo, não promoviam a execução de políticas públicas. Até então, o Poder Judiciário vivenciava o fenômeno da Autocontenção judicial.

Com passar dos tempos, especificamente, após a vigência da atual Carta Magna, conhecida como Constituição cidadã, que nosso país, passou gradualmente a ter uma postura atuante, exatamente o oposto daquela realidade, visto que começou interpretar amplamente a Constituição, procurando extrair o máximo das potencialidades do seu texto, mesmo que muitas vezes ele tenha que adentrar em várias esferas próprias dos outros poderes para que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Juristas apontam as causas para essa nova postura dos juízes brasileiros: o aumento da demanda por justiça na sociedade, o fortalecimento do Poder Judiciário como o retorno de suas garantias de irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade e vitaliciedade, além da expansão institucional do Ministério Público e Defensoria Pública.

Então além de guardião da Constituição o Judiciário passou agora a resolver os conflitos não simplesmente aplicando a lei a situações expressamente previstas como outrora, mas ponderando os valores em litígio, mitigando-se, assim, a regra da composição ordinária fundada na aplicação da lei.

A essa atitude inovadora denomina-se ativismo judicial, quando o magistrado numa decisão extrapola seus limites jurisdicionais, resolvendo conflitos de interesses e/ou conflitos normativos.

Em outras palavras, Juiz ativista seria aquele que agindo além de suas atribuições funcionais, cria direito em inobservância ao princípio da separação dos poderes.

Oportunamente, Andrea Elias da Costa assim define o que é Ativismo Judicial:

> Dworking, a ideia de ativismo judicial está associada a uma intensa participação do Judiciário na concretização dos valores Constitucionais, o que pode se dar de diferentes maneiras, tais como pela aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do Legislador; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Assim Ativismo judicial está sempre relacionado à criação de direitos constitucionais pelo Poder Judiciário, normalmente em situação de retração do Poder Legislativo, para que as demandas sociais sejam atendidas efetivamente.

Exemplos de julgamentos ativistas em todas as instâncias não faltam, a título meramente ilustrativo destacam-se no Supremo Tribunal Federal os de maiores repercussão: o da fidelidade partidária. Em nome do princípio democrático, o STF declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político não ao parlamentar. Com efeito, criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Outro, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso. Dada vedação não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

Ainda, o caso da verticalização. O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea.

Sem falar obviamente do ativismo que impõe condutas ou abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas, notadamente na área da saúde, que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e/ou terapias em prol do cidadão.

Enfim o Poder Judiciário em quaisquer de suas instâncias passa a conhecer e adentrar no âmbito de outros poderes para promover políticas públicas ou solucionar casos de grande repercussão para a sociedade brasileira, como por exemplo, de aborto de bebê anencéfalo que analisaremos detidamente essa decisão mais adiante.

Essa postura ativa do Judiciário vem recebendo, a um só tempo, críticas e aplausos dos mais diversos setores da sociedade. Mas, ressalta-se, que ela não é criação nossa. Muitos países ocidentais, antes da gente, após a 2º guerra mundial, já adotavam postura visivelmente ativista, pois decidiam questões nacionais de grande alcance político, promoviam políticas públicas e a realizavam escolhas morais em temas controvertidos.

A primeira vez que a palavra ativista foi utilizada ocorreu nos Estados Unidos, em 1947, quando Arthur Schlesinger, analisando a atuação dos magistrados da Suprema Corte os classificou como ativista os magistrados inovadores, e passivistas, os conservadores.

Dessa forma percebe-se que o termo ativismo não teve origem ligada a qualquer fato, mas, sim, à simples qualificação dos magistrados da Suprema Corte Americana.

E, sobre a origem do ativismo judicial Luís Roberto Barroso informa que: “em um primeiro momento, o mesmo teve natureza conservadora. Pois foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast v. Parrish, 1937). A situação só se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown v. Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona,

1966) e mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965).”

Importa salientar, por oportuno, que o conceito de ativismo judicial não pode e nem deve se confundir com conceito de judicialização da política. A ideia de ativismo está sempre ligado à uma interpretação ativa da Constituição, para criar direitos constitucionais não expressamente previstos, já a judicialização é fruto do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Ou seja: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas do constituinte. O ativismo, por sua vez, é uma postura do juiz, consiste na escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu alcance devido à inércia do Poder legislativo.

Não se pode negar que o ativismo judicial tem uma aceitação social visto que permite ao Poder Judiciário a efetivação de direitos sociais. E, como leciona Luis Roberto Barroso:

> Alguém questionaria os benefícios da decisão da Corte no caso Brown vs. Board of Education, em 1954, quando foi proibida a segregação racial nas escolas e ambientes públicos dos Estados do Sul do EUA? Alguém criticaria o Tribunal Constitucional alemão por não se submeter às leis de cunho nazista? Em sentido contrário, alguém não criticaria a passividade do Supremo Tribunal Federal enquanto este tribunal aceitou os desmandos e arbítrios do Poder Executivo no período militar?

No entanto, é muito criticável do ponto de vista jurídico: primeiro, enquanto forma de manifestação excepcional do Poder Judiciário deveria o mesmo ser utilizado excepcionalmente e não como regra como assistimos em todas as instâncias diariamente no Brasil. Contudo é em relação ao princípio da separação de poderes, da teoria da democracia e da própria teoria geral do direito onde se concentram as maiores críticas ao ativismo judicial. Pois bem, quando o Poder Judiciário invalida ou mitiga atos próprios do Legislativo e do Executivo, ou mesmo cria direitos e obrigações não previstas no ordenamento para a uma determinada prestação social, não resta dúvida que adentra na esfera

do outro poder. Observa-se nitidamente quando se trata de ativismo na área saúde/educação, quando o magistrado substitui o juízo de conveniência e oportunidade próprias do administrador e cria despesas extraordinárias no orçamento público, em detrimento da coletividade, para atender questões individuais como, por exemplo, o que obriga o Estado a custear o fornecimento de um medicamente ou terapia, muitas vezes, diga-se de passagem, até proibida pela ANVISA e/ou superfaturado, visto que, em regra, é sem licitação. Nesse caso é cabível o seguinte questionamento: O magistrado ao prolatar decisão dessa natureza conhece a realidade do Estado como o gestor conhece? Retirando parte do orçamento para ser redirecionamento para o atendimento de uma decisão judicial, outras necessidades sociais tão urgentes e importantes quanto, não ficariam descobertas? Verifica-se, assim, que julgador corre um sério risco de errar, podendo causar assim mais prejuízos do que benefícios, quando não, realizar uma prestação social no mínimo de má qualidade. Sem falar, é claro, da segurança jurídica, da credibilidade da justiça que ficam seriamente abaladas porque decisões desse tipo, sem um parâmetro objetivo(lei), são frequentemente prolatadas em todo o Brasil segundo valores pessoais de cada julgador, acarretando, por conseguinte, muitos julgamentos diferentes para casos semelhantes.

Não se estar aqui contra a prestação do direito à saúde. Ao contrário, almeja-se um planejamento e execução de políticas públicas de modo que atenda a toda população, promovido exclusivamente pelo Executivo até porque só ele tem capacidade legal para tal, para não se ter que anular a prestação de outros direitos constitucionais da maioria da coletividade em prol de situações pontuais pelos magistrados.

Observa-se que esse novo modelo de Poder Judiciário, especialmente no Brasil, tem ocasionando excessiva concentração de poderes/atribuições nas mãos do Judiciário, passando a totalizar o próprio Estado, visto que podem apreciar, segundo suas próprias opiniões, o mérito dos atos dos Legislativos e do Executivo em detrimento da conveniência e oportunidade dos gestores, sem qualquer controle, inclusive podendo, os juízes em todas as instâncias,

reinterpretar a Constituição para decidir utilizando a lei somente como um fundamento acessório.

Vale dizer que os julgadores não tem legitimidade para adentrar no campo da política porque não possuem representatividade política já que a investidura nos seus cargos é por concurso público, não de escolha popular através do sufrágio.

II – Da decisão que autoriza o aborto de bebê anencéfalo:

Dos julgamentos considerados ativistas do STF que chamou mais a nossa atenção, por isso uma análise maior, foi o que autorizou por maioria o aborto de bebê anencéfalo na ADPF nº 54. A ofensa ao Estado Direito foi notória uma vez que inovou o ordenamento jurídico penal, colocando-se acima da norma posta, substituindo o consenso político alcançado, através do processo legislativo, construído pelo Poder Executivo e Legislativo. Se não, vejamos.

A lei penal optou pela punição do aborto qualquer que seja o momento de sua realização (Art. 124 do Código Penal). Apenas duas situações são insuscetíveis de punição da prática: I - se não há outra forma viável de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez decorre de estupro e a interrupção da gravidez é precedida da anuência da gestante ou, se essa for incapaz, de seu representante legal (art.128 do Código Penal).

A primeira hipótese é o denominado aborto necessário ou terapêutico justificável pelo estado de necessidade, em face de diagnósticos médicos que atestem inviabilidade da vida da gestante sem interrupção da gravidez. Na segunda circunstância, evidencia-se a gravidez resultante de estupro praticado com violência real ou presumida.

Como se vê, a lei penal é de clareza ímpar, não há espaço para interpretações outras. E, a Constituição Federal, por sua vez, afirma que o direito à vida é indisponível, por aplicação inarredável do caput do art. 5°:

> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

> estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Não obstante o Supremo Tribunal Federal por maioria autorizou nos autos da ADPF n°. 54, a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, afirmando que a mesma não seria aborto porque interromperia o desenvolvimento de um feto que inevitavelmente morreria durante este processo, ou logo após o parto, enquanto o aborto interromperia o desenvolvimento de um bebê normal; e, mais, o prosseguimento da gravidez gera na mulher um grave abalo psicológico e que impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal, efetivamente, equivale a uma tortura vedada pela Constituição Federal Brasileira no artigo 5º.

O curioso que tanto os que foram favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez quanto os que foram contrários a ela invocaram como fundamento de suas convicções o mesmo princípio constitucional, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Ora, se a própria norma penal não permite a interrupção de gravidez pela anomalia do feto, como um órgão do Poder Judiciário poderia inovar, acrescentando uma nova excludente ao crime de aborto sob o argumento de melhor interpretação? Mormente tratando-se de disposição do direito à vida, o mais sublime para qualquer ser humano.

Como é sabido e ressabido a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima em determinadas circunstâncias (especificamente expurgar do ordenamento jurídico normas que estejam em conflito com a Constituição), não pode contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos substituí-lo (como ocorreu no caso em análise), porque foi ao Poder Legislativo e não ao Poder Judiciário que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais.

Com isso não se quer dizer que os juízes não possam ser também co-participantes do processo de criação do Direito. Eles são, notadamente, em situações que necessitam empregar princípios ou normas de sentido vago,

indeterminado, que precisa da atuação do julgador para atribuir-lhe um sentido e alcance.

Atinente ao julgamento da ADPF nº 54 o STF, visivelmente, colocou-se acima da lei penal em inobservância a todas garantias e direito dos cidadão, vulgarizando, dessa forma, a sistematização e cientificização do próprio direito.

É claro que não se está a defender um Poder Judiciário neutro no cenário social/político, o que se quer é evitar a concentração de poder, o subjetivismo e a ausência de parâmetros como critérios formais para a condução do Estado e mesmo da sociedade.

Defende-se que o papel primário dos magistrados seja de solucionar litígios através da aplicação pura e simples da lei, somente podendo exercer uma função supletiva quando a lei não fosse suficiente para prever solução ao caso concreto, sendo esta, portanto, a exceção da atividade jurisdicional em prol da existência do Estado de Direito.

No julgamento da ADPF nº 54 restou uma séria dúvida se o mesmo pode ser qualificado como uma posição ativista ou se não passa de um mero abuso autoridade.

CONCLUSÃO

Num verdadeiro Estado Democrático e de Direito a função do Poder Judiciário deve ser necessariamente guardião da Constituição Federal. Muito embora o sistema brasileiro propicie a ele atividade normativa importante, não pode, todavia, ultrapassar os espaços próprios dos outros poderes mesmo que seja para realização de direitos sociais uma vez que, na prática, registram-se, cada vez mais, excessos e arbítrios, em todas as instâncias, decorrentes do ativismo judicial. Dessa forma, o Judiciário, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deve em todas as suas decisões acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, respeitar a razoável discricionariedade técnica do administrador para que efetivamente o Estado continue a ser Democrático e de Direito. Substituindo os demais poderes republicanos, usurpando de competência próprias dos

poderes Legislativo e Executivo constituirá o Judiciário em um novo poder absoluto já que desprovido de controle eficaz.

Vale dizer que em todas as comunidades jurídicas em que as Cortes extrapolam seus limites de jurisdição e adentram no campo da política a sociedade tende a repudiar, passa a reconhecer limites à mencionada prática.

Por fim, também não se considera legítima manifestação ativista que pretende a substituição da atividade legislativa pelo Judiciário sob pretexto de que o legislativo não atuou em determinada questão. Suas decisões deverão obedecer sempre às fronteiras procedimentais e substantivas do Direito de racionalidade, motivação, correção e Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília-DF: Senado, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 23 jul. 2012.

COSTA, Andréa Elias et al. Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quarter Latin, 2010.

Acórdão

ADPF 54, Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 11.04.2012.

Ativismo judicial e pragmatismo jurídico: uma análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n.º 82.424/RS

Lourenço Paiva Gabina

Introdução

A discussão a respeito do ativismo judicial tem suscitado diversos debates. O problema é retratado a partir de variados enfoques, desde a própria definição do que, de fato, é o ativismo, até a crítica acerca da caracterização de determinada decisão judicial como ativista. Conforme bem apontado por Paulo Gustavo Gonet Branco, a dificuldade na formatação de um conceito de ativismo leva os juristas, de umlado, a negarem a existência de ativismo na jurisdição constitucional, enquanto outros defendem a necessidade de um Poder Judiciário ativista, em buscada proteção e efetivação dos direitos previstos na Constituição[156].

Mas, afinal, quando se fala em ativismo, é a respeito do quê que se está falando? O que significa afirmar que uma decisão judicial é ativista? A hipótese é no sentido de que, por trás da qualificação de que uma determinada atuação jurisdicional foi ativista, apresenta-se um complexo de questões teóricas de índole jurídico-constitucional, muito mais amplas que a mera defesa de uma jurisdição constitucional mais ou menos ativista, ou que a indicação de que determinada decisão configura ativismo judicial. Às teorias constitucionais que visam à solução do problema contrapõe-se a postura pragmática de avaliação da decisão judicial, que nega a utilidade da formulação dessas teorias. A partir desses enfoques, será analisado o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n,º 82.424/RS, a fim de se demonstrar a dificuldade em se delimitar o grau de ativismo de uma determinada decisão, bem

[156] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); NOVELLINO, Marcelo (org.) **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPodivm, 2011, p. 388.

como para expor um exemplo de atividade jurisdicional pragmática realizada pelo Supremo, que, no caso, apresentou-se como plenamente adequada para a resolução do problema posto a julgamento.

2. Uma questão de limites do Poder Judiciário

É de consenso da doutrina que o termo "ativismo" surgiu em artigo escrito por Arthur Schlesinger em 1947 na revista *Fortune*, intitulado *The Supreme Court: 1947*. Naquele texto, segundo Keenan Kmiec, o autor já apontava as principais características que envolvem o debate entre ativismo e auto-restrição jurisdicional: "juízes não eleitos contra normas democraticamente editadas; juízo orientado pelo resultado contra decisões baseadas em princípios; estrito contra criativo uso dos precedentes; supremacia democrática contra direitos humanos; lei contra política"[157].

Bradley Canon foi um dos primeiros a tentar sistematizar os diversos fundamentos que se seguem às críticas de que uma determinada decisão judicial é ativista. O autor assinala que há dois fatores que subjazem as mais variadas análises: o primeiro, de que o ativismo é visto como uma alteração significativa, realizada pelo Poder Judiciário, a uma política pública; o segundo, a ilegitimidade da atuação do Judiciário, a partir de uma percepção geral de quais seriam os limites das Cortes. A partir dessas premissas, o autor traça os campos de debate acerca do ativismo judicial: a) princípio majoritário; b) estabilidade interpretativa; c) fidelidade interpretativa; d) distinção entre processo democrático e substancial; e) definição de políticas públicas; f) reexame de avaliações técnicas que embasam a política pública[158].

Kmiec, em tarefa semelhante à de Canon, identifica os principais argumentos encontrados em diversos textos a partir de 1947, que qualificam o ativismo judicial: a) anular atos possivelmente constitucionais de outros

---

[157]KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of "judicial activism". In: **92 California Law Review**, 2004, p. 1449. [tradução livre].

[158] CANON, Bradley. Defining the dimensions of judicial activism. In: **Judicature.**vol. 66, 1982-1983, pp. 238-239.

poderes; b) ignorar os precedentes; c) legislação judicial; d) afastamento do método de interpretação aceito ordinariamente; e) julgamento orientado pelo resultado[159].

Na doutrina nacional, são elucidativos os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, que, em importante texto sobre o tema, associa o ativismo "a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes"[160]. O autor aponta como críticas ao ativismo o problema da legitimidade democrática – o fato de juízes não eleitos invalidarem normas produzidas pelo corpo legislativo, eleito pelo povo –, e os limites do Poder Judiciário em relação às competências dos demais poderes.

Na mesma linha, Lenio Luiz Streck identifica a ideia de ativismo à concepção de limites ao Poder Judiciário. Em sua crítica ao ativismo, o autor assevera que "em nenhuma hipótese o Judiciário pode se substituir ao Legislativo. Na verdade, o Estado Democrático de Direito, compreendido em seu sentido hermenêutico, traduz-se em blindagem contra ativismos e decisionismos"[161].

Elival da Silva Ramos também critica o ativismo judicial a partir da ideia de interferência nas atribuições de outros poderes. Para o autor, o ativismo judicial "é o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo, fazer atuar"[162].

Observa-se, assim, que o cerne da questão do ativismo, em suma, se estabelece na definição dos limites do Poder Judiciário. É uma questão que tem, em sua raiz, a ideia de separação de poderes e de legitimidade democrática de

---

[159] KMIEC, *op. cit.*, pp. 1463-1476. Kremnitzer e Cohn identificaram dezessete parâmetros para a medição do grau de ativismo dos tribunais. Cf. KREMNITZER, Mordechai; COHN, Margit. Judicial activism: a multidimensional model. In: **18 Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 2005, pp. 333-356.

[160] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas,** 2009, p. 34.

[161]STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3ª ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: RT, 2013, p. 151.

[162] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

cada um dos poderes. Afirmar que uma decisão é ativista, passivista, ou, ainda, que é possível haver o "bom ativismo", passa, necessariamente, por essa relação mínima com alguma ideia de separação de poderes. Conforme indicado pela doutrina citada, seria ativista a decisão na qual se verifica que o juiz extrapolou os limites do exercício do poder jurisdicional. Logo, saber se uma decisão é ou não ativista, se o Poder Judiciário deve ser mais ou menos ativista, ou se, em certo caso, o ativismo judicial rendeu bons ou maus resultados, passa, antes, pela análise e definição dos limites da atuação judicial.

Mais quais serão esses limites? Verifica-se, assim, a complexidade que o termo "ativismo" carrega. Aliás, não reconhecer essa complexidade esvazia o termo, transformando-o em mera crítica daqueles descontentes com a decisão, sem que haja uma análise a respeito da atuação jurisdicional de forma abrangente e relacionada às suas atribuições e às dos demais poderes. Aharon Barak sustenta que “a defesa ou a oposição ao ativismo ou à auto-restrição deve se estabelecer acerca da relação entre os poderes, e não do resultado dessa relação”[163]. Na mesma linha, Rebecca Brown alerta para essa banalização do termo, ao afirmar (após qualificar o argumento do ativismo como "choro de perdedor"): “soando como uma crítica substantiva, tende a desviar o discurso de uma questão muito mais frutífera – como a Corte está concebendo e realizando o seu papel na democracia constitucional. Esta, e não um ‘ativismo particular’ da Corte, deve ser a questão para debate”[164].

Vista a questão sob este viés, surge mais um problema: qual deve ser o ponto de partida para a definição dos limites do poder judiciário? Ideais, fruto de uma teoria política universal e abstrata? Ou os limites traçados por uma teoria jurídico-constitucional, baseada ainda que minimamente, em pressupostos previstos na Constituição? Adotada a concepção de que os limites estão na

---

[163] Continua o ex-presidente da Suprema Corte de Israel: “Na minha opinião, seria melhor substituir a questão sobre se uma corte é ativista ou auto-restrita pela pergunta sobre se a corte está preenchendo seu papel na democracia.”(BARAK, Aharon. Foreword: a judge on judging: the role of a supreme court in democracy. In: **116 Harvard Law Review**, 2002-2003, p. 127) [tradução livre].

[164] BROWN, Rebecca. Activism is not a four-letter word. In:**73 University of Colorado Law Review**, 2002, p. 1257.[tradução livre].

Constituição, conforme defende Paulo Gonet Branco[165], há outra questão: a adoção de uma teoria constitucional e, por conseguinte, de uma teoria da interpretação constitucional que fixa os parâmetros de interpretação dos dispositivos que tratam da separação dos poderes e de suas atribuições, bem como dos limites interpretativos das demais normas que serão aplicadas ao caso concreto, a fim de que a atividade jurisdicional não extrapole as suas atribuições constitucionais.

Essa questão remete, como já dito, ao problema da separação de poderes e de sua legitimidade democrática. Retoma-se, em verdade, ao ponto crucial do embate entre constitucionalismo e democracia, "esse dilema fundamental representado pela discórdia entre a política majoritária e os anteparos previstos no texto constitucional"[166]. Conforme ensina Carlos Santiago Nino,

> o casamento entre a democracia e o constitucionalismo não é algo fácil. Tensões surgem quando a expansão da democracia leva ao enfraquecimento do constitucionalismo, ou quando o fortalecimento do ideal constitucional implica restrições ao processo democrático.[167]

É interessante observar que, dentre as principais questões que envolvem o problema do ativismo, listadas por Canon e Kmiec, diversas são as que, em suma refletem as dificuldades provenientes do debate acerca dos limites dos poderes e da relação entre constitucionalismo e democracia. De Canon, podemos citar o princípio majoritário, a distinção entre processo democrático ou substancial, a definição de políticas públicas pelo Judiciário e o reexame dos

---

[165] "Afinal, nem toda a decisão que encurta poderes antes supostos como próprios do Legislativo merecerá crítica. Tampouco pode ser reprovada qualquer decisão que envolve opções valorativas, aparentemente da alçada dos poderes políticos representativos. O critério de valoração dessas decisões não pode ser uma concepção abstrata do que devam ser, em filosofia política, as funções do Judiciário e do Legislativo, mas deve estar informado pelo traçado de competências que o povo soberano fixou para cada um desses Poderes na Constituição concreta que editou. Assim, o que seria uma invasão do Judiciário ao Legislativo em algum outro país pode não ser no Brasil, dada a ordem de competências dessas esferas de poder delineadas pelo constituinte pátrio. Se sob uma Constituição sintética pode incomodar que a Suprema Corte supere decisões políticas dos demais poderes, a sensação de anomalia será atenuada num Estado regido por uma Constituição analítica, que limite mais rigorosamente as opções políticas abertas ao jogo das forças partidárias ordinárias mediante a imposição, à esfera pública, de valores enumerados de modo mais amiudado." (BRANCO, 2011, pp. 395-396).

[166] TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. New York: The Foundation Press, 1978, p. 9.

[167] NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996, pp. 1-2. Sobre o tema, cf. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 75.

fundamentos técnicos do ato analisado. Da lista de Kmiec extrai-se a anulação de atos possivelmente constitucionais, a legislação judicial e o julgamento orientado pelo resultado, típico dos demais poderes.

Observa-se, portanto, que a discussão a respeito do ativismo judicial, ao exigir um posicionamento quanto aos limites do Poder Judiciário, está a remeter, em verdade, à ideia de separação de poderes[168]. E esta, ao fim, remete à tensão entre democracia (processo democrático de escolha dos fins) e constitucionalismo (proteção aos direitos individuais em face daquelas escolhas). Conforme já afirmado, busca-se a solução do problema por meio da construção de teorias constitucionais que compatibilizem a atividade judicial à regra majoritária. Nas palavras de Lenio Luiz Streck,

> Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentalistas, e, do outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvida de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades das maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma *jurisdição constitucional* interventiva "coloniza" o mundo da vida, na visão de Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito.[169]

A ideia de ativismo, portanto, pressupõe uma concepção teórica prévia do crítico a respeito de uma teoria constitucional que enfoque os limites e o papel do Poder Judiciário. Logo, a análise de uma decisão judicial – e a consequente definição a respeito de eventual ativismo – depende do enfoque teórico adotado pelo pesquisador. Assim, ativista será a decisão na qual o Poder Judiciário atuou de modo a extrapolar o âmbito de seus poderes e competências idealizados na teoria constitucional adotada. O problema, entretanto, surge quando se percebe,

---

[168] "A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão de poderes" (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade, volume I.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 298).

[169] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 80-81.

conforme será exposto, que a dicotomia procedimentalismo-substancialismo abarca, hoje, uma gama de posições teóricas diante do texto constitucional, capaz de propiciar diferentes respostas à questão acerca da ocorrência ou não de ativismo judicial em determinada decisão[170].

3. Procedimentalismo, substancialismo e ativismo judicial

Sem querer, por certo, esgotar a análise destas profundas teorias relacionadas à tensão entre democracia e constitucionalismo, cumpre, rapidamente, apresentar as principais concepções dos autores que capitaneiam essas respectivas posições teóricas, a fim de compreender as suas diferenças e as suas implicações no que toca ao problema do ativismo judicial.

Habermas, um dos principais teóricos da corrente procedimentalista, afirma que

> A constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de Direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (...) Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.[171]

[170]Lenio Streck adverte que essa polarização se dá apenas para fins analíticos: “As afirmações de Castoriadis sobre a relação entre a substantividade e processualidade da democracia podem ser aplicadas, aqui, *mutatis mutandis*, ao problema que envolve os limites da dicotomia substancialismo-procedimentalismo que se trava hoje no plano da teoria do direito e suas variantes. Sem pretender reduzir a discussão a uma polarização a duas posições ou teses, mas correndo (e assumindo) o risco de assim fazer, é possível assentar o problema a partir dos dois eixos analíticos: o procedimentalismo e o substancialismo.” (STRECK, 2013, p. 155).

[171] HABERMAS, 1997, p. 326.

Em termos semelhantes, John Hart Ely, inspirado na nota de rodapé n.º 4 do caso *United States vs.Carolene Products*[172], defende que

> é inaceitável afirmar que juízes nomeados e com cargo vitalício refletem melhor os valores convencionais do que os representantes eleitos; em vez disso, preconiza que se policiem os mecanismos através dos quais o sistema busca assegurar que nossos representantes irão de fato nos representar.[173]

Verifica-se, portanto, que o procedimentalismo defende uma concepção mais restritiva da atuação judicial, dando ênfase à decisão política emanada dos órgãos eleitos democraticamente, cingindo-se a realizar a guarda da constituição apenas no que diz respeito às normas que garantam o procedimento democrático.

As correntes substancialistas podem ser representadas, apenas a título de exemplo, e considerando o escopo desse trabalho, pelo pensamento de Ronald Dworkin. O jusfilósofo americano, a partir das críticas desenvolvidas à obra de Ely, expõe a sua doutrina a respeito da revisão judicial dos atos normativos:

> Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular *Marbury contra Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar

[172] Nesse caso, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1938, o *Justice* Stone introduziu a nota de rodapé n.º 4, citada por Ely em sua obra: "(i) A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima Quarta emenda (...). (ii) Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (...) do que a maioria dos outros tipos de legislação (...). (iii) Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas maiorias religiosas (...) ou de nacionalidade (...) ou raciais (...); se o preconceito contra minorias separadas e isoladas pode ser uma condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso" (ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 100).

[173] Idem, p. 134. Para Kmiec, Schlesinger, em seu texto de 1947, já apresentava uma teoria procedimentalista, baseada em valores democráticos, ao defender que o ativismo judicial dever-se-ia limitar às questões de direitos civis (KMIEC, *op. cit.*, p. 10).

> essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.[174]

As posturas substancialistas, portanto, "partem da perspectiva de que a função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais"[175].

É interessante observar que ambas as correntes rejeitam a possibilidade de ativismo judicial. Habermas alerta para os excessos da Jurisdição Constitucional no exercício do seu poder de defesa das regras do jogo democrático, quando afirma que

> Temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na "comunidade dos intérpretes da constituição" –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, um papel de tutor. [176]

Da mesma forma, Dworkin afirma que "o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política"[177].

E essa postura é coerente com a posição defendida por esses autores. Tanto procedimentalistas como substancialistas expõem pontos de vista relacionados aos limites da atividade jurisdicional em face do princípio democrático e dos direitos fundamentais. Tecem, a partir de suas concepções, modelos de atividade jurisdicional que entendem adequados à Constituição. Seria, portanto, contraditório, após a formulação desses modelos, defender que os juízes extrapolem os limites definidos em suas teorias.

---

[174] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.
[175] STRECK,*op. cit.*, 2013, p. 164.
[176]HABERMAS, *op. cit.*, p. 346.
[177] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 451-452.

Um procedimentalista, portanto, definirá como ativista a decisão judicial que conferir efetividade a diretos fundamentais materiais, anulando uma norma criada pelo corpo legislativo que diga respeito a direitos que em nada se relacionam à participação democrática. Um substancialista dworkiniano, entretanto, não enxergará ativismo nessa prática, caso a atuação judicial tenha respeitado o método seguido pelo juiz Hércules[178]. Nessa linha, o mesmo analista reputará como "passivista"[179] a postura do procedimentalista. E condenará como ativista a mesma decisão se vislumbrar que o juiz não respeitou a integridade no direito[180]. São significativas, por exemplo, as críticas de substancialistas como Lenio Streck ao neoconstitucionalismo, pelo fato de este extrapolar os limites da teoria defendida pelo autor:

> Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse "neoconstitucionalismo" acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira "neoconstitucionalista" defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como:

---

[178]Para exemplificar a atuação judicial que entende por ideal, Dworkin faz uso de um personagem imaginário, o juiz Hércules,"bom conhecedor do direito explícito e o melhor especialista na teoria moral que envolve a ordem jurídica; é o juiz protetor dos direitos individuais, atento aos princípios decorrentes da mais sólida teoria explicativa e justificadora do direito, e insensível às diretrizes políticas" (SANCHIS, Luis Prieto. **Teoria del derecho y filosofia politica en Ronald Dworkin**, p. 4 [Disponível em <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_del_derecho_en_ronal_dworkin.pdf>. Acesso em 19.11.2013]) [tradução livre].

[179] "Os juízes passivos (...) mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado." (DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 442)

[180]"Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade." (DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 272). A integridade, portanto, é uma virtude política. "De início, Dworkin apresenta a integridade como um 'ideal' ou 'virtude' política que encerra a exigência geral de que os poderes públicos se conduzam não de modo caprichoso ou arbitrário, mas de forma coerente, ou seja, de acordo com um único sistema coerente de pautas de correção e de retidão, que o próprio autor caracteriza como os princípios da justiça, da equidade e do devido processo, ainda quando na comunidade política existam desacordos mais ou menos profundos a propósito de quais são precisamente as exigências da justiça, da equidade e do devido processo" (PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. In: **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho,** vol. 26, pp. 15-16) [tradução livre]

> *neoprocessualismo* e *neopositivismo*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos "verdadeiros valores" que definem o direito justo (*vide*, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).[181]

4. A busca pela resposta correta

Além da relação entre democracia e constitucionalismo, a ideia de ativismo expõe mais um problema, já indicado nos itens anteriores: a interpretação correta da norma constitucional. O crítico da decisão judicial, ao defini-la como ativista, também supõe que esta se desviou da correta interpretação da norma constitucional, baseada em uma teoria da interpretação. Aliás, tanto Canon como Kmiec indicam, em suas compilações de argumentos em torno do ativismo judicial, o problema da interpretação correta. Canon se refere à estabilidade e à fidelidade interpretativa, enquanto Kmiec indica o fato de se ignorar precedentes e o afastamento do método de interpretação aceito ordinariamente como critérios para avaliação do ativismo judicial.

Tanto as teorias procedimentalistas como as substancialistas, nas vertentes citadas, apresentam teorias da interpretação que remetem à possibilidade de uma única resposta correta no Direito. Mais uma vez, portanto, o termo "ativismo" exige do pesquisador uma clara definição a respeito da sua concepção acerca do método de interpretação e de resposta correta.

Em Dworkin, a resposta correta está calcada na noção de integridade e coerência[182]. Esses pressupostos possibilitam, segundo Dworkin, que se encontre a

---

[181] STRECK, *op. cit.*, 2011, p. 36.

[182] À ideia de integridade, associa-se a exigência de *coerência*. A coerência decorre da noção de integridade, mas não se trata de uma determinação no sentido de que os juízes estariam vinculados aos precedentes do passado. Em *Levando os direitos a sério*, Dworkin constata a "força gravitacional dos precedentes", defendendo que o juiz deve avaliar os princípios que fundamentaram as decisões do passado em casos semelhantes, a fim de que estes sejam os norteadores da sua decisão no presente (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 172-180). Mas é em *Uma questão de princípio* que Dworkin estabelece a relação entre direito e literatura, e, assim, expõe com maior clareza a noção de coerência, com o exemplo do romance em cadeia (DWORKIN, *op. cit*, 2005, pp. 235-240).

única resposta correta ao problema jurídico. O autor submete a resposta a um teste sob duas dimensões:

> A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é *pro tanto* uma justificativa melhor que outra se, *grosso modo*, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra.
> (...)
> A segunda dimensão - a dimensão da moralidade política – supõe que, se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm. A disponibilidade dessa segunda dimensão torna ainda mais improvável que algum caso específico não tenha nenhuma resposta certa.[183]

Habermas, por outro lado, a partir de uma crítica à concepção substancialista de "resposta correta", defende a aceitabilidade da resposta fundada em uma estrutura ideal do processo argumentativo, apoiando-se "em um conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas (...) na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação"[184].

A diferença entre as concepções acarretará, a respeito do ativismo, a exigência de uma definição prévia a respeito de qual (e, por certo, aqui se está utilizando apenas dois exemplos dentre vários) teoria da interpretação direciona o juízo a respeito do ativismo judicial em determinada decisão. Kmiec aborda esse problema ao afirmar que "a dificuldade é evidente. Embora haja uma certa base de consenso, professores e juristas não concordam com o que se

---

[183] DWORKIN, *op. cit.*, 2005, pp. 213-214. Na mesma obra, Dworkin se refere à dimensão da moralidade política como teoria política substantiva: "(...) dois princípios podem, cada um, encontrar apoio suficiente nas várias decisões do passado para satisfazer qualquer teoria plausível de adequação. Nesse caso, a teoria política substantiva (...) desempenhará um papel decisivo" (*Idem*, p. 241). O tema também é tratado em *Levando os direitos a sério*, pp. 127-201 e 551-552.

[184] HABERMAS, *op. cit.*, p. 281. "A fresta de racionalidade que surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma seqüência incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade da pretensão à 'única decisão correta', de outro lado, é fechada *idealiter* (idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade" (*Idem*, p. 283).

constituiria a forma 'apropriada' de se interpretar. Por conseguinte, continuarão em discordância quanto ao grau de ativismo nesse contexto"[185].

São essas as dificuldades que envolvem a noção de ativismo judicial. Sua definição, bem como o juízo acerca do ativismo em determinada decisão judicial, não se afasta da postura do analista acerca do que pensa sobre a separação de poderes prevista na Constituição e da relação entre constitucionalismo e democracia que disso resulta, bem como da concepção a respeito da teoria da interpretação que decorre da citada relação. Nesse ponto, mais uma questão se apresenta: em que medida uma teoria constitucional é capaz de fornecer os critérios necessários para a definição dos limites da atividade judicial e da resposta correta?

5. Pragmatismo e teoria constitucional: a atividade judicial pragmática no julgamento do HC n.º 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal

O pragmatismo jurídico[186] aponta sérias críticas à possibilidade e à utilidade da formulação de uma teoria constitucional. Segundo Posner,

---

[185]KMIEC, *op. cit.*, p 1474.

[186] Kaufmann compilou diversas definições de pragmatismo jurídico: "O pragmatismo jurídico é 'antifundacionalista e otimista social' (HOY, 1991, p. 334); é '[...] olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do 'caráter local' do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da 'verdade', da consequente importância de manter abertos caminhos diferentes de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos [...]' (POSNER, 2007, p. 621-622); é o 'entendimento de que o que enxergamos sempre depende de nosso ponto de vista, e que entender outros é frequentemente uma questão de tentativa de recriação da visão básica de onde essas visões nascem (HANTZIS, 1988, p. 5695); é um 'eclético, reorientado, histórico antiformalismo' (LUBAN, 1996, p. 44); é uma disposição em basear atos em fatos e consequencias e não em conceitualismos, generalizações, frases de piedade e slogans [...] rejeitando teoria moral, legal e política quando é oferecido para guiar o processo legal de decisões (POSNER, 2003, p. 3); é 'liberdade de culpa de não ter teoria' (GREY, 1990, p. 1.569); é 'resolver problemas jurídicos usando todos os instrumentos que estão à mão, incluindo precedente, tradição, texto legal e política social, e renunciando ao grande projeto de criar uma fundamentação teórica para o direito constitucional' (FARBER, 1988, p. 1.332); é uma 'expressão realista do reconhecimento de que demandas metateóricas de verdade são filosoficamente indefensáveis' (PATTERSON, 1990, p. 996); é a visão de que a 'prática não está envolvida por um conjunto de princípios imutáveis ou por um método infalível ou impessoal, ou por uma linguagem neutra de observação' (FISH, 1991, p. 63); é a 'síntese de

> A teoria constitucional, no sentido em que uso o termo, é pelo menos tão antiga quanto os *Federalist Papers*. Não obstante, dois séculos depois, ainda não há no horizonte nenhum sinal de conclusão, ou mesmo, a meu ver, de progresso. A teoria constitucional não tem o poder de impor a concordância a quem já não esteja predisposto a aceitar o programa político do teórico. Isso ocorre porque, como a teoria moral, ela é normativa, abstrata, não empírica e muitas vezes contraria intuições morais ou convicções políticas profundas; porque é interpretativa, e a precisão da interpretação de um documento antigo não é verificável nem demonstrável; e porque os normativistas, entre os quais os professores universitários de direito, não gostam de ver-se encurralados por comprometer-se com uma teoria que pode ser derrubada pelos dados concretos - do mesmo modo que nenhum advogado gosta de assumir uma posição que possa obrigá-lo a admitir que a causa de seu cliente não tem fundamento.[187]

Em relação ao substancialismo e ao procedimentalismo, aqui representados por Dworkin, Habermas e Ely, o autor é enfático:

> Entre os principais candidatos [à definição dos princípios que orientam a tomada de decisões judiciais] figuram o 'princípio de fortalecimento da representação', de John Hart Ely, e o da justiça natural igualitária, de Dworkin. (...) Tanto o fortalecimento da representação como a justiça natural igualitária, tomados como princípios dominantes de direito constitucional, caem por terra em virtude de sua arbitrariedade (Por que mais democracia? Por que mais igualdade?) e da falta de interesse de seus autores pelos detalhes concretos da ação política, bem como de conhecimento firme desse assunto.[188]

Trata-se, portanto, de uma abordagem a ser considerada no que toca ao exame do ativismo judicial, pois, em suma, nega a possibilidade de definição do que seja o ativismo. Ao identificarmos a arbitrariedade na definição dos

---

contextualismo e instrumentalismo' (GREY, 1991, p. 15)" (KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo.** São Paulo: Almedina, 2011, pp. 125-126).

[187] POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 228.

[188] POSNER, *idem*, pp. 237-238. Em outro texto, o autor destaca a inobservância do contexto na formulação das teorias constitucionais: "Não apenas o nosso conhecimento é local, como também é perspectivo, sendo moldado pelas condições históricas e outras condições nas quais é produzido. No entanto, nossas mentes correm na frente de nós mesmos, nos inclinando a universalizar nossos *insights* locais limitados. Escritores influentes que tratam de jurisprudência, tais como H. L. A. Hart, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, todos dão a entender que descrevem o direito em abstrato, mas Hart está na verdade falando do sistema jurídico inglês, Dworkin do americano e Habermas do alemão" (POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4).

elementos da teoria constitucional, percebemos, novamente, a dificuldade em se determinar os limites do Poder Judiciário na execução de sua atividade primordial; e, por conseguinte, o arbítrio na formulação de juízos a respeito do ativismo em uma certa decisão judicial, já que a ideia de ativismo, conforme já visto, exige a avaliação da prática judicial em comparação ao que uma teoria espera desta prática. Por certo, pelos mesmos motivos, o problema estende-se à concepção acerca da resposta correta[189], agravando a dificuldade de um posicionamento acerca da presença de ativismo judicial em uma decisão.

Posner nos apresenta uma síntese das características da atividade judicial pragmática: "os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o *dever* de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado"[190].O juiz pragmatista, portanto, não se preocupa com a necessidade de seguir os critérios propostos por uma teoria constitucional, pelo simples fato de que esta também é fruto de escolhas arbitrárias de seus formuladores, e inseridas em contextos que, muitas vezes, não são viáveis em diferentes culturas jurídicas.

Esse tipo de atividade judicial não é novidade no Supremo Tribunal Federal. Apesar de não ser expressamente revelado, é possível, a partir da análise de acórdãos da Corte, encontrar julgamentos de cunho pragmático, exatamente pelo fato de a teoria constitucional não se apresentar como adequada à decisão que se pretende tomar.

---

[189] Seja como for que se sistematizem essas coisas, há um abismo entre dizer que a discussão de questões morais, históricas, políticas - e juridicamente difíceis - seja interessante, ou mesmo socialmente produtiva, e dizer que, em princípio, existem respostas corretas para todas, ou para maioria dessas questões. A ideia de que existem respostas corretas para todas, ou para a maioria das questões morais, é chamada de 'realismo moral', e numa sociedade heterogênea isso tende a parecer ainda menos plausível do que uma crença de que existem respostas corretas inclusive para as questões jurídicas mais complexas" (POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 268-269).

[190] POSNER, *op. cit*., 2012, p. 380. "Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele se torna servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento. O pragmatismo jurídico implica assim que aquele que opera com a aplicação do direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro." (EINSENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n.º 62, mar/2002, pp. 109-110).

O exemplo trazido para análise é o acórdão no qual o Supremo Tribunal Federal denega a ordem pleiteada no *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS. Nesse processo, o STF deparou-se pela primeira vez com a questão da limitação à liberdade de expressão em relação aos discursos de ódio (*hate speech*)[191]. O *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS foi impetrado por Siegfried Ellwanger em face de acórdão do STJ que indeferira outro *writ*, visando ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em concreto, em virtude da condenação do paciente a dois anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 20 da Lei n.º 7.716/89[192]. O fato delituoso consistiu na edição e publicação de obras escritas de conteúdo antissemita, cujo fundamento assentava-se na doutrina nazista. O *habeas corpus* apresentava objeto restrito: a interpretação do art. 5º, XLII, da CF/88, que determina a imprescritibilidade do crime de racismo. A questão trazida na demanda, portanto, dizia respeito à definição de racismo, e, por conseguinte, se uma ofensa ao povo judeu consistia racismo. A discussão se estendeu, ainda, para outro enfoque: os limites à liberdade de expressão em face de outros valores protegidos pela Constituição.

O primeiro ponto em discussão foi o conceito de *racismo* previsto no art. 5º, XLII, da CF/88. Em seu voto, o Min. Moreira Alves privilegiou a intenção do constituinte na definição do termo[193], recorrendo a textos e discursos produzidos no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte que, na sua visão, refletiam o momento histórico da edição do texto, decisivos para a definição de seu significado no caso concreto.

---

[191] Para Michel Rosenfeld, *hate speech* é o discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade (ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis.** Cardozo Law Review, New York, 24, n. 4, abril 2003, p. 2). Waldron afirma que o fenômeno chamado *hate speech* "cobre coisas diversas como cruzes queimadas, termos racistas, insultos a religiões, descrições ofensivas de minorias em folhetos, pôsteres ou na internet, chamados para se unirem contra membros de um grupo odiado, neonazistas marchando em subúrbios com suásticas e placas dizendo que Hitler deveria ter terminado o trabalho" (WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation: the visibility of hate**. Harvard Law Review, 123, n. 7, maio 2010, p. 1600) [tradução livre].

[192] "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional" (Redação dada pela Lei n.º 8.081/90, à época do fato).

[193] "O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para a interpretação que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorrer dele – converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 536).

Trata-se de uma interpretação da norma constitucional que pode ser chamada de originalista[194]. Dworkin, por exemplo, critica essa forma de interpretação[195]. Deparamo-nos, novamente, com a discussão acerca da melhor forma de se interpretar o texto constitucional. Para o pragmatismo jurídico, como já dito, essa discussão é superada pela noção de que não é possível definir qual a interpretação correta, não havendo para o juiz nenhum dever de se submeter às intenções do legislador.

O voto do Min. Moreira Alves trouxe ainda outro argumento interessante: estudos antropológicos e de textos editados por membros da comunidade judaica afirmam que judeu não é raça. Logo, discriminar judeus não constituiria racismo[196].

O entendimento, entretanto, foi superado pelo voto dos demais ministros da Corte, que conceberam um significado social à expressão *racismo*, já que, cientificamente, não seria mais possível a distinção de seres humanos entre raças. O Min. Maurício Corrêa afirmou que "a existência de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito"[197]; para o Min. Gilmar Mendes, "o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo"[198]; o Min. Carlos Veloso afirmou que "culturalmente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados"[199]; o Min. Nelson Jobim assentou que "esta conceituação de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso"[200]; para a Min. Ellen Gracie, "muito embora o racismo não possa ser 'justificado por fundamentos biológicos, ele, no entanto, persiste como fenômeno social'"[201]; o Min. Sepúlveda Pertence entendeu "que há de partir-se de um fenômeno histórico indiscutível, o racismo, para, então, verificar que o alvo do racismo não é necessariamente uma raça, como conceito

---

[194] "Originalismo é a posição, defendida por Antonin Scalia, Robert Bork, Clarence Thomas e outros teóricos, de que o significado da norma constitucional deve ser encontrado a partir de referências ao entendimento original daqueles que a editaram." (SMITH, Tara. Why originalism won't die - common mistakes in competing theories of judicial interpretation. In: **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**. v. 2, 2007, p. 159) [tradução livre].

[195] DWORKIN, *op. cit.*, 2005, pp. 57-64.

[196] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 540-545.

[197] *Idem*, p. 568.

[198] *Ibidem*, p. 649.

[199] *Ibidem*, p. 683.

[200] *Ibidem*, p. 692.

[201] *Ibidem*, pp. 754-755.

antropológico, mas, sim, um grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo do racismo"[202].

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal buscou no contexto, na historicidade do termo, o significado da expressão "racismo" no texto constitucional. Não há a invocação de uma teoria constitucional para fundamentar a decisão. O único voto que buscou amparo em uma teoria da interpretação concluiu pela prescritibilidade do crime praticado, tendo em vista que a intenção do constituinte não contemplava os judeus na proteção constitucional. À Corte, entretanto, interessava a punição do paciente, sendo necessária a construção de uma definição cultural, sociológica, de racismo. Observa-se aqui a influência do contextualismo na decisão tomada, que é uma característica da atividade judicial pragmatista[203].

Um originalista certamente reprovaria essa decisão. Poderia qualificá-la como ativista, já que o tribunal expôs um entendimento diverso da verdadeira intenção do constituinte a respeito do sentido da norma constitucional. Por outro lado, na concepção dworkiniana, poder-se-ia defender que o tribunal apenas revelou a "moralidade política da sociedade", rechaçando a qualificação de ativista atribuída à decisão. Para o pragmatismo jurídico, entretanto, se está diante de uma decisão que comprova a inutilidade de uma teoria constitucional para a resolução de casos difíceis, e a importância da busca por elementos culturais e sociais que efetivamente expressem algum sentido para a norma constitucional conectado à realidade[204].

---

[202] *Ibidem*, p. 1001.

[203] "O destaque do contexto revela-se em um conjunto de orientações caras ao pragmatismo, como a importância dos fatos na formatação das ideias; a relevância de considerações próprias para se pensar determinado problema e os mais variados aspectos, como elementos sociais, culturais e econômicos; a ênfase da comunidade à formulação da mentalidade das pessoas; o desprestígio a ideias transcendentais por meio do destaque aos conhecimentos construídos de maneira transgeracional, entre outras." (KAUFMANN, *op. cit.*, p. 100).

[204] Não se desconhece o papel do contexto histórico, dos fatos, do caso concreto, nas mais diversas teorias (Dworkin e a "moralidade política da sociedade"; a Hermenêutica com a "tradição"; a historicidade na Teoria dos Direitos Fundamentais). Entretanto, estas não abandonam a sua vinculação a uma criteriologia que sustente a "resposta correta", como faz o pragmatismo. "Existe também concordância, dentro da lógica do discurso constitucional, de que o próprio conteúdo dos direitos humanos é variável e seu significado se vincula de alguma forma a elementos culturais e sociais. Além disso, as fronteiras exatas desse conteúdo somente podem ser bem abstraídas pelo intérprete na compreensão do caso concreto e na valoração dos elementos de fato. É dizer que não há um conteúdo *a priori* dos direitos humanos, o que, intuitivamente, parece bem consetâneo com a crítica pragmatista ao discurso universal. Entretanto, o que parece uma evolução da perspectiva jusprivatista acaba por cair em suas próprias amarras ao não ter a coragem de enfrentar, com imaginação, o novo ambiente normativo de direitos humanos que existe e convive sob a perspectiva do relativismo e do

O interessante é que a mesma discussão aqui exposta, travada no julgamento do HC n.º 82.424/RS, pode ser vista sob outro prisma. É possível afirmar que o voto proferido pelo Min. Moreira Alves apresenta argumentos "técnicos", e, de certa forma, imbatíveis se confrontados dentro dos limites das tradicionais teorias interpretativas. O voto está imune às críticas feitas ao originalismo, porque, como bem salienta o Ministro, a Constituição de 1988 é um texto recente, sendo extremamente plausível a pesquisa - como de fato se deu - acerca da intenção dos formuladores da cláusula da imprescritibilidade do crime de racismo. Não se trata de um documento de duzentos anos. Ademais, se à época da elaboração da Constituição a "moralidade política" era no sentido da imprescritibilidade apenas nos casos de ofensas a negros, essa moralidade não teria se alterado em tão pouco tempo. Adicione-se a tais argumentos a lição de que, em se tratando de norma penal prejudicial ao réu, a interpretação deve se dar restritivamente[205]. Os demais ministros, como visto, com base em concepções culturais e sociais a respeito do racismo, optaram por ampliar a extensão do significado da norma penal que refletiu um prejuízo ao réu.

O voto do Min. Moreira Alves foi técnico, sem dúvida. Mas seria esta uma posição viável a ser defendida pelo Supremo? Seria interessante à Corte permitir a difusão de ideias nazistas? Certamente que não. Tanto é que, em seu voto, o Min. Maurício Correa, que abriu a divergência, discorreu longamente acerca do sofrimento imposto aos judeus ao longo da história:

> se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos - amargos e terríveis - que macularam a história, humilhando e martirizando não uma raça - salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas -, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e

---

contextualismo. Nesse momento parece faltar aos juristas algo que lhes dê sustentação, que agregue conteúdo, que unifique a hermenêutica dos direitos, fazendo-os parte de algo maior que tenha coerência e unidade e ofereça segurança." (*Idem*, p. 269).

[205] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, pp. 599.

familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição.[206]

Logo, a partir de uma avaliação do contexto histórico que envolvia a decisão do caso concreto, não foi difícil para o STF emitir um juízo amplo e voltado para a realidade cultural e social acerca do termo "racismo". Principalmente no que toca à aceitação dessa posição pela opinião pública. Tanto é que ao art. 20 da Lei n.º 7.716/89 foi incluído, anos antes do julgamento (em 1997, após a data do fato), o parágrafo primeiro, tipo penal que punia, de dois a cinco anos de reclusão, além de multa, os atos de "fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo". Isso já demonstrava a ampla aceitação da comunidade à restrição a manifestações nazistas, indicando, portanto, a sua concordância com eventual proibição, pelo Supremo, ao discurso antissemita e revisionista dos fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial.

E note-se que a decisão, conforme já indicado, pode sofrer críticas quanto a seu ativismo, a depender da teoria constitucional adotada. Entretanto, a nosso ver, a partir da concepção pragmatista, não há reparos a serem feitos. O Supremo posicionou-se a respeito da extensão da imprescritibilidade do termo "racismo" no art. 5º, XLII, da CF/88, atento ao contexto histórico, cultural e social que envolvia o caso, bem como às consequências da decisão, que, se fosse em sentido contrário - ainda que técnica ou conforme uma teoria constitucional amplamente aceita -, rotularia o Supremo como tribunal que autoriza o discurso nazista e que não reconhece o sofrimento histórico do povo judeu, e tampouco antevê o possível crescimento do ódio a esse povo a partir da difusão das ideias defendias pelo paciente.

Outro ponto relevante surgido durante o julgamento do *habeas corpus* diz respeito aos limites constitucionais à liberdade de expressão. Veja-se que a inclusão desse debate no julgamento já pode ser considerado ativismo, pois, a título de se discutir a possibilidade do deferimento de *habeas corpus* de ofício, o colegiado analisou tema que sequer foi levantado na petição inicial. Por outro

---

[206] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, pp. 562-563.

lado, partindo-se de um viés pragmatista, percebe-se que a Corte sentiu a necessidade de se posicionar em relação a esse potencial conflito entre princípios constitucionais (não se restringindo, portanto, à mera definição do significado de um termo constitucional), provavelmente para firmar posição histórica diante de um tema que já foi tratado, por exemplo, pelos tribunais alemão e norte-americano, que influenciam bastante o pensamento de nosso Supremo.

Discutiu-se, assim, se a edição de livros antissemitas configuraria ou não o exercício regular da liberdade de manifestação do pensamento, bem como se essa prática se chocaria com a previsão de respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à imagem, à vida privada e à honra. Os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello reconheceram no argumento um problema de colisão de princípios, cuja solução se dá pelo juízo de proporcionalidade[207].

Entretanto, apesar da identidade metodológica, as decisões foram proferidas em sentido oposto. O Min. Gilmar Mendes entendeu que a condenação é adequada para se alcançar a salvaguarda de uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância; é necessária, pois não há outro meio menos gravoso e eficaz para se alcançar o fim almejado, pois a própria Constituição impõe a criminalização do racismo e o qualifica como crime imprescritível; e a decisão atende à proporcionalidade em sentido estrito, já que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência[208]. De outro lado, em seu

[207] "É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, pp. 657-658). A respeito do princípio da proporcionalidade, ver ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 85-120; ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofia del derecho. In: **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho**, vol. 32. Alicante: Universidade de Alicante, 2009, pp. 67-84; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites.** 2008, 393 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2008. [Disponível em <http://hdl.handle.net/10482/5128> Acesso em 21.10.2013].

[208] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, pp. 669-670.

voto, o Min. Marco Aurélio Mello afirmou que a) condenar o paciente e proibir a divulgação de suas obras não é o meio adequado para acabar com a discriminação do povo judeu, pois a mera transmissão de seu pensamento não implica a concordância do leitor, nem significa que passarão a discriminar judeus; b) já que não é possível a aplicação de outro meio menos gravoso, deve o STF conceder a ordem; c) a restrição não é proporcional, pois não há indícios de que as publicações incitarão práticas de violência contra judeus.

Surgem, novamente, os questionamentos acerca da resposta correta, ou seja, da interpretação da Constituição a partir de uma teoria constitucional. Talvez seja o caso de se discutir qual voto realizou um juízo de proporcionalidade mais consentâneo com a teoria proposta por Alexy, e, a partir da conclusão, apontar a presença de ativismo judicial no posicionamento que extrapola os critérios da teoria[209]. Por outro lado, um procedimentalista habermasiano não veria sentido nesse método de análise, já que, segundo Habermas, juízos de ponderação não são viáveis em relação a normas, mas tão-somente quanto a valores, e não cabe ao Judiciário decidir os casos a partir de uma ponderação de valores[210]. A aplicação do princípio da proporcionalidade, por si só, já configuraria ativismo.

---

[209] Em tese de doutorado, Fausto Santos de Morais defende que, em 189 decisões em que o STF aplicou o juízo de proporcionalidade entre 07/07/2002 a 07/07/2012, em nenhuma delas respeitou-se os ditames da teoria de Robert Alexy. Cf. MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.** 2013, 346 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. [Disponível em <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf> Acesso em 15.05.2014]. Críticas específicas à aplicação do princípio da proporcionalidade no HC n.º 82.424/RS encontram-se em OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. In: **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**, pp. 263-265; STRECK, *op. cit*., 2011, p. 50.

[210] "Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. (...) Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira". (HABERMAS, *op. cit*., p. 258). "Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como

Para o pragmatismo, o dissenso entre os votos proferidos, a partir da aplicação da mesma teoria da interpretação, apenas comprova as dificuldades da definição de critérios rígidos de julgamento, a partir de abstrações gerais. Reflete, ainda, a inutilidade da teoria constitucional para a resolução do caso concreto, já que outros argumentos mais eficazes foram empregados nos votos ora analisados.

Se olharmos mais de perto o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, percebemos, inicialmente, uma apresentação da concepção de liberdade de expressão e de discurso de ódio, ao lado de máximas no sentido da impossibilidade de se atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão. O voto segue para a análise do princípio da proporcionalidade, limite do limite, núcleo essencial, adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais). Passa-se, enfim, à análise do caso concreto, dos textos antissemitas publicados, para se concluir o seguinte: "Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus"[211]. Este é o fundamento mais importante dessa parte do voto. Trata-se, aqui, da análise das consequências que a manutenção do acesso público aos escritos antissemitas podem causar à comunidade.

Esse fundamento é tão importante que o Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, tratou de impugná-lo. Em sua análise a respeito dos elementos do princípio da proporcionalidade, o Ministro indaga: "Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação à violência (...) transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?"[212].

---

preceitos de otimização – conforme é sugerido pela 'ponderação dos bens' nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica". (*Idem*, pp. 316-317).

[211] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 670.

[212] *Idem*, p. 888.

Observa-se que, nos dois votos que aplicaram o juízo da proporcionalidade, a questão em debate não dizia respeito aos requisitos e pressupostos da teoria (exatamente pelo fato de se tratar da mesma teoria), mas ao contexto histórico da discriminação do povo judeu no Brasil, bem como às consequências advindas da leitura dos livros do paciente. Esse foi o debate real, que restou coberto por meio da aplicação da teoria constitucional. Para o pragmatismo jurídico, portanto, é muito mais útil e democrático que o Poder Judiciário exponha esses argumentos pragmáticos abertamente, para debate com a sociedade, ao invés de buscar uma suposta isenção a partir da utilização de uma teoria constitucional que, conforme demonstrado, está sujeita a arbítrios tanto na sua formulação quanto na sua aplicação.

Conclusão

A partir de uma análise detida dos critérios listados pelos autores clássicos que estudaram o ativismo judicial, percebe-se dois grandes eixos de discussão em torno desse termo, bem como da caracterização da atividade judicial como ativista: os limites do Poder Judiciário e o método de interpretação e aplicação das normas no caso concreto. Dessa discussão decorre, como visto, uma gama de teorias constitucionais que visam à solução do problema.

Ativismo judicial, portanto, não é uma questão simples. Envolve, primordialmente, a concepção que o crítico tem a respeito da Constituição, da tensão entre constitucionalismo e democracia, e, portanto, da teoria constitucional que adota para a resolução dessa tensão. Classificar como ativista uma decisão judicial implica, em verdade, um debate profundo acerca desses temas, o que raramente se observa nas críticas à atividade jurisdicional que se utilizam da referida qualificação.

Essa dificuldade é bem exposta pelo pragmatismo jurídico, que não observa a utilidade na formulação de uma teoria constitucional. Demonstrou-se, na análise do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal, que a Corte se utilizou de critérios pragmáticos para a

definição do caso concreto, pelo fato de as teorias constitucionais supostamente aplicáveis não atenderem às necessidades específicas do julgamento. A análise histórica, cultural e sociológica empregada no julgamento apresentou-se muito mais eficaz do que a aplicação de uma teoria constitucional. O julgamento pragmático aproximou o Supremo da realidade, do histórico de sofrimento ao qual foi submetido o povo judeu, bem como dos perigos da proliferação de ideias nazistas no país, permitindo que a Corte tomasse a decisão que efetivamente lhe interessava, a fim de não se confrontar com o esperado pela sociedade, que já havia, anos antes, optado pela proibição da difusão de ideias nazistas por meio de tipificação legal. Assim, ainda que, para algumas concepções teóricas, a decisão proferida tenha sido ativista, o Supremo, corretamente, posicionou-se acerca de tema relevante, reafirmando a sua legitimidade no jogo democrático, ao fundamentar sua decisão em elementos que atentam para o contexto histórico e para as consequências de sua decisão na vida real.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofia del derecho. In: **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho**, vol. 32. Alicante: Universidade de Alicante, 2009.

_________. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARAK, Aharon. Foreword: a judge on judging: the role of a supreme court in democracy. In: **116 Harvard Law Review**, 2002-2003.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas**, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); NOVELLINO, Marcelo (org.) **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPodivm, 2011.

_________. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites.** 2008, 393 f. Tese (Doutorado

em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2008. [Disponível em <http://hdl.handle.net/10482/5128> Acesso em 21.10.2013].

BROWN, Rebecca. Activism is not a four-letter word. In: **73 University of Colorado Law Review**, 2002.

CANON, Bradley. Defining the dimensions of judicial activism. In: **Judicature.**vol. 66.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

__________. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

__________. **Uma questão de princípio.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EINSENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n.º 62, mar/2002.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade, volume I.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo.** São Paulo: Almedina, 2011.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of "judicial activism". In: **92 California Law Review**, 2004.

KREMNITZER, Mordechai; COHN, Margit. Judicial activism: a multidimensional model. In: **18 Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 2005.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.** 2013, 346 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. [Disponível em

<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf> Acesso em 15.05.2014].

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. In: **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição.** São Paulo: RT; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. In: **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho,** vol. 26 .

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

__________. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

__________. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis.** Cardozo Law Review, New York, 24, n. 4, abril 2003.

SANCHIS, Luis Prieto. **Teoria del derecho y filosofia politica en Ronald Dworkin**, [Disponível em <http://www.miguelcarbonell.com/ artman/uploads/1/teoria_del_derecho_en_ronal_dworkin.pdf>. Acesso em 19.11.2013].

SMITH, Tara. Why originalism won't die - common mistakes in competing theories of judicial interpretation. In: **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**. v. 2, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3ª ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: RT, 2013.

__________. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. New York: The Foundation Press, 1978.

WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation: the visibility of hate**. Harvard Law Review, 123, n. 7, maio 2010.

A ADPF 54 E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Víctor Minervino Quintiere

RESUMO: Este trabalho debate o julgamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre o aborto de feto anencefálico à luz da (não) ocorrência do fenômeno conhecido como ativismo judicial. Neste passo chega-se a conclusão de ter existido consonância entre os referenciais teóricos apresentados e a decisão examinada no sentido de que, apesar de ter ocorrido ativismo judicial por parte do Supremo, a decisão não merecer reparos haja vista sua função política e social.

PALAVRAS CHAVE: Direitos Fundamentais, Ativismo Judicial, Supremo Tribunal Federal, Aborto, Feto Anencefálico, Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

No âmago do Direito Constitucional, mais especificamente no campo da hermenêutica constitucional, ganham destaque questões envolvendo ponderação de Direitos Fundamentais. Nesta perspectiva será abordada a ADPF 54, que tratou sobre o aborto de fetos denominados anencefálicos e sua criminalização de acordo com o Código Penal.

Neste prisma, o presente artigo é separado em três partes, senão vejamos: histórico sobre o ativismo judicial, teoria dos direitos fundamentais e análise do julgamento da ADPF 54.

Na primeira parte será abordado o histórico condizente ao ativismo judicial tendo como ponto de partida artigo produzido pelo Professor Paulo Gustavo Gonet Branco passado em sala de aula, qual seja: *"Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial".*

Na segunda parte do artigo serão abordadas as dimensões dos direitos fundamentais desde a primeira geração, passando pela segunda e terceira com o objetivo de se chegar, finalmente, a considerações sobre a quarta e a quinta

gerações, respectivamente haja vista sua intrínseca relação com a questão do aborto de fetos anencefálicos em face da Constituição Federal.

Na terceira parte do artigo será desenvolvida análise a respeito da ADPF 54 a qual foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2012 tendo como principal objetivo, além de trazer suas principais fases, relacionar tal julgamento ao que chamamos de ativismo judicial.

1 ATIVISMO JUDICIAL – ONTEM, HOJE E AMANHÃ UM TEMA POUCO ENTENDIDO E MUITO DEBATIDO

Antes de analisarmos a problemática envolvendo o "ativismo judicial" oportuno tecer breve histórico do constitucionalismo que, na visão de autores como Carlos Ayres Britto[213] passou desde o constitucionalismo liberal, passando pelo constitucionalismo social desembocando, enfim, no denominado por ele "constitucionalismo fraternal".

Nesta perspectiva e utilizando o raciocínio de Paulo Gonet Branco[214] no sentido de que "tanto no Direito como em tantas outras áreas de conhecimento não é incomum que expressões linguísticas assumam um significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional" iniciemos a abordagem acerca do termo "ativismo judicial".

---

[213] In verbis, o autor assevera que "*efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do desenvolvimento, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico". BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216.*

[214] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

Iniciando sua reflexão o autor, ao tratar sobre o significado de certas expressões linguísticas, cita o exemplo do que ocorre com o postulado da “dignidade humana”[215].

Neste prisma, assim como ocorre com o postulado da “dignidade humana”, o postulado do “ativismo judicial” na visão de Paulo Gonet Branco “*refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus elementos constitutivos. Nem mesmo se encontra consenso em torno de saber se a atitude é desejável ou negativa. O risco está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, em transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes”. Vale aqui o destaque de que tal indeterminação surgiu, inclusive, no país em que cunhada pela primeira vez, ou seja, no próprio território norte-americano*[216]*.*

[215] Nesta senda, oportuno é destacado que “com o chamado princípio da dignidade da pessoa, não raro se diz que, não sendo definível, seriam perceptíveis, contudo, os casos em que é afrontado –conduzindo a esperados embaraços nos chamados *casos difíceis*, em que a própria intuição se vê embaralhada por impressões viáveis, mas auto-excludentes e de impossível harmonização”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

[216] Explicando o ocorrido nos Estados Unidos é asseverado que “mesmo no país em que cunhada pela primeira vez, a expressão *ativismo judicial* padece de indeterminação semântica geradora de confusões doutrinárias. Bradley Canon, em artigo seminal na busca da descrição das características concretas de uma decisão ativista, inicia o seu texto reclamando justamente da difusão por comentaristas de concepções disparatadas e desarticuladas do fenômeno, capazes de retirar seriedade ao termo e de deixar os que desejem entender a discussão desamparados, numa “babel desconexa”. A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a Fortune, “entre propagandas de whisky e Aqua Velva”. O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

Nesta perspectiva o autor, sabendo da existência de inúmeros ensaios técnicos sobre a temática inicia a tentativa de conceituação a partir dos estudos realizados tendo como paradigma a realidade norte-americana.

Michael Perry, sobre o ativismo, o defende como mecanismo que permite aos tribunais fornecer à sociedade respostas moralmente corretas a questões políticas e axiológicas fundamentais, rejeitando-se, por consectário lógico, o que denomina "ceticismo moral"[217].

Já Dworkin (apesar de repreender de maneira inconteste o denominado "passivismo"[218]) sustenta não ser o caso de se adotar um determinado ativismo que se expressando por meio de um pragmatismo jurídico virulento, acabe por desprezar o texto da constituição, sua história, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuraram interpretá-la e as tradições da cultura política local[219].

Cabe aqui, seguindo o roteiro proposto por Paulo Gonet Branco, salientar sobre os que sustentam que todo o discurso acerca da atividade judicial é ativista, ou seja, "mesmo aqueles que aconselham a contenção [na jurisdição constitucional] agem em atendimento a uma agenda política"[220].

Nesta perspectiva, Peter Irons[221] arremata dizendo que *"na medida em que os corpos legislativos, em todos os níveis de governo, não são efetivamente representativos na sua composição, são não-democráticos na operação e são*

---

[217]PERRY, Michael "Judicial Activism". Harvard Journal of Law & Public Policy, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional plicymaking by the Judiciary. New Haven, Yale University Press, 1982.

[218] Doutrina que admitiria, "como questão de justiça, que os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas". Ronald Dworkin. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

[219] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

[220] IRONS, Peter. "Making law: the case for judicial activism". Valparaiso University Law Review vol. 24, 1989-1990, p. 35.

[221] IRONS, Peter. "Making law: the case for judicial activism". Valparaiso University Law Review vol. 24, 1989-1990, p. 41.

descompromissados com direitos básicos, o ataque ao ativismo judicial, baseado em presunções dogmáticas do mito das maiorias, fica serialmente enfraquecido".

Destacando a dupla face que o ativismo acabou assumindo na história jurídico-política norte-americana (em que é possível vislumbrar tanto a face liberal[222] como conservadora[223]) é possível vislumbrar que "*o ativismo pode ser de esquerda ou de direita, portanto, sendo a crítica que o aborrece não raro proveniente da parte preterida nos seus interesses"[224].*

Destacando ainda conceitos [225] e posicionamentos de juristas internacionalmente e nacionalmente reconhecidos como Peter Häberle (favorável ao ativismo judicial[226]) e Elival da Silva Ramos (contrário ao ativismo judicial[227]), no rol de conclusões possíveis acerca do ativismo judicial – sendo a

---

[222] A título de exemplo podemos destacar a decisão que pôs fim ao regime de segregação racial é tida como pertencente a esse contexto. caso Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954).

[223] A título de exemplo podemos destacar o caso Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

[224] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

[225] Elival da Silva Ramos classifica o ativismo judicial como "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)". RAMOS. Elival da Silva. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

[226] "Como observador participante, estou contente que os tribunais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais poderes a atuar (...). O sistema republicano não se vê debilitado por um ativismo jurídico senão que fortalecido". Entrevista de Peter Häberle a Raúl Gustavo Ferreyra, em 21 de abril de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, mimeo.

[227] Neste prisma o autor destaca que "ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa", dizendo tratar-se da "descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. RAMOS. Elival da Silva. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116/117.

que mais interessa ao presente artigo – o professor Paulo Gonet Branco[228] pondera, in verbis:

> Tanto os que criticam, como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que a ação considerada revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes.

Destacados os principais conceitos e questões que envolvem a complexidade do termo “ativismo judicial” além de se concluir preliminarmente que trata-se de tema debatido desde o passado sendo, entretanto, pouco entendido (em sua essência) nos dias de hoje é possível analisar, de maneira pormenorizada, as gerações de direitos fundamentais existentes para que seja possível, *in fine*, a análise do julgamento contido na ADPF 54 perante o Supremo Tribunal Federal.

2 DAS DIMENSÕES (GERAÇÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ab initio, para que possamos entender a relação entre a ADPF 54 julgada pelo Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial oportuno analisar como ponto de partida a obra do professor Paulo Faria “Água: bem jurídico econômico ou ecológico” no tocante aos direitos fundamentais e suas dimensões (gerações).

Antes, contudo, de aprofundar a análise sobre as dimensões propriamente ditas oportuno tecer breves considerações acerca do conceito e do histórico dos direitos humanos com o intuito de evitar confusões por parte do leitor.

Na leitura de Paulo Farias[229] direitos humanos seriam “os direitos da pessoa humana, enquanto indivíduo e cidadão, que são inalienáveis,

---

[228] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

[229] FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 157.

imprescritíveis, irrenunciáveis, com eficácia erga omnes, e que têm origem nos denominados direitos naturais, podendo identificarem-se como direitos transindividuais, coletivos e difusos. São inerentes à pessoa e devem ser respeitados e implementados pelo Estado”.

Dando continuidade ao raciocínio iniciado Paulo Farias vislumbra, em sentido amplo, que a expressão direitos humanos pode ser entendida como gênero das diversas espécies (direitos civis, liberdades fundamentais, liberdades públicas, entre outras), sem prejuízo da compreensão do tema[230].

Nesta perspectiva, inquestionável se torna o enfoque sobre uma característica importantíssima dos direitos fundamentais, qual seja: historicidade. Trata-se de direitos concebidos doravante processo histórico constante e paulatino. Neste sentido, Norberto Bobbio[231] ensina, *in verbis*:

> os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.
> (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Esclarecido este ponto importante se torna o recorte temporal para o estudo dos direitos fundamentais. Nesta senda, no mesmo sentido apontado por Paulo Farias e outros doutrinadores como Andrade as gerações dos direitos fundamentais serão estudas a partir da Idade Moderna[232].

---

[230] FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 157.

[231] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 5-19.

[232] FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 157.

Ao contrário do que ocorreu na “Cidade Antiga”, a época contemporânea é caracterizada pelo trato dos direitos fundamentais apesar de que, por muitas vezes, tais direitos acabam sendo deslocados para um segundo plano[233].

Pois bem. Analisando a teoria dos quatro *status* de Jellinek é possível inferir, encerrando breve reflexão acerca dos direitos fundamentais, que trata-se na verdade do processo histórico de afirmação da pessoa humana e de seus direitos[234].

Evolução dos direitos fundamentais na idade moderna

2.1.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Apesar da importância da *Virgínia Bill of Rights* (1776), da *Déclaration des Droit de l´Homme et du Citoyen*, da *Magna Charta Libertatum* (1215) e dos demais documentos de franquia concedidos na Espanha, Portugal, Hungria, Polônia e Suécia compartilhamos a opinião de Paulo Farias no sentido de que a “primeira realização concreta dos direitos humanos vem bem depois da Idade Antiga”[235].

Neste viés, tendo como ponto (incipiente) de partida o direito comunal europeu, fundado na liberdade e na igualdade, passando pela concepção jusnaturalista, pelas doutrinas contratualistas (de Hobbes, Locke e Rousseau), pelos direitos dos ingleses (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act* em 1679 e *Bill of Rights* em 1688), pela revolução americana e pela revolução francesa com a consequente queda do absolutismo é possível vislumbrar um avanço social no sentido de serem garantidos aos cidadãos o direito a propriedade, a igualdade

---

[233] FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 158.

[234] FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 157.

[235] FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 162.

formal (perante a lei), a liberdade de religião, entre outros direitos onde Estado é obrigado a não intervir na vida privada das pessoas[236].

Neste sentido, os direitos fundamentais de primeira dimensão, surgidos no final do século XVIII[237] representam, na perspectiva de Daniel Sarmento, "*limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados*"[238].

2.1.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Nota-se, diante de reflexão realizada a partir dos pressupostos teóricos e históricos dos direitos fundamentais de primeira geração que existia, principalmente na Europa, corrente liberal que, infelizmente, acabou virando sinônimo de individualismo. Tal característica serviu como mola propulsora de inúmeras e graves desigualdades sociais. Neste aspecto, Paulo Farias[239] destaca, *in litteris*:

> Para corrigir o individualismo exacerbado do Liberalismo Puro, que fez com que se gerassem alarmantes desigualdades sociais, estando, de um lado, minoria detentora dos meios de produção, ou seja, das propriedades agrícolas e industriais, e de outro, vasta maioria expoliada pela excessiva carga horária de trabalho, péssimas condições no exercício deste e insuficiente remuneração, surge o Estado como agente modificador das desigualdades sociais, promovendo a diminuição das diferenças sociais e a busca da igualdade material.

Consequentemente, diante deste contexto fático, Ingo Wolfgang Sarlet se refere ao fato de que "os direitos de segunda dimensão podem ser considerados

---

236 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 176.

237 DIÓGENES JUNIOR, Jórge Eliaci Nogueira. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais? Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 05 jan.2014.

238 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13

239 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 178.

uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico"[240].

2.1.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Com o passar dos anos a figura do homem-indivíduo fica em segundo plano sendo ressaltada, por derradeiro, a humanidade como algo a ser priorizado (humanidade simbolizando o homem visto como um todo). Vale aqui a ressalva de que a doutrina os qualificam como direitos dos povos[241].

Trata-se de diretos que tutelam não apenas um único indivíduo e sim um grupo ou determinado Estado. Nesta perspectiva revela-se a tutela ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à autodeterminação, à participação no patrimônio da humanidade entre outros[242].

Na visão de Paulo Bonavides[243] simbolizam o seguinte, senão vejamos:

> Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento

---

[240] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do advogado editora. 2012. p. 50.

[241] FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 180.

[242] FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 180.

[243] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 569.

expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

2.1.4 Considerações sobre os direitos fundamentais de quarta geração

Em que pese a divergência quanto ao conteúdo (enquanto Noberto Bobbio[244] relaciona os Direitos Fundamentais de quarta dimensão àqueles relacionados à engenharia genética[245] Paulo Bonavides[246], por exemplo, vislumbra os direitos de quarta dimensão como sendo aqueles relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo) boa parte da Doutrina entende plausível a existência dos direitos de quarta geração, principalmente, em detrimento do fenômeno da globalização.

2.1.5 Considerações sobre os direitos fundamentais de quinta geração

Encerrando a breve exposição das dimensões dos direitos fundamentais doutrinadores como José Adércio Sampaio[247] e Paulo Bonavides defendem a existência da denominada quinta dimensão de direitos fundamentais ressaltando este último o direito à paz como o principal foco em face dos acontecimentos que vem perturbando o mundo (ex: atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos[248]).

---

[244] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, p. 6. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

[245] Neste mesmo sentido, Paulo Farias ensina no Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade ministrado no Instituto de Direito Público na disciplina Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados.

[246] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

[247] SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.302.

[248] HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In Direitos

Acrescentando ao rol apontado acima de direitos fundamentais, Paulo Farias menciona o direito a sistemas informatizados como sendo pertencente à quinta geração[249]. Entendendo as características de cada dimensão de direitos fundamentais é possível, mais adiante, analisar o enfrentamento entre direito a vida e direito à livre disposição do corpo da mulher.

3. JULGAMENTO DA ADPF 54: ATIVISMO JUDICIAL?

Antes de analisarmos o ativismo judicial e sua (não) ocorrência no que tange o julgamento da ADPF 54[250] oportuno se faz realizar breve relato do que ocorreu naquele julgamento.

Pois bem. Tratou-se de ação de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil pedindo que a Corte Constitucional, naquela ocasião, conferisse ao Código Penal uma interpretação conforme a Constituição e declarasse que o aborto de fetos anencéfalos não fosse considerado crime. Nota-se, nesta perspectiva, conflito intenso – e interessante para análise – entre o

---

Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008, p. 195-197. Sobre a obra oportuno destacar o seguinte trecho, senão vejamos: "...em recentes debates científicos (IX Congresso Íbero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), BONAVIDES fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de "11 de Setembro", em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um *direito à paz*. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à *paz* no âmbito da proteção dos direitos fundamentais."

[249] Neste mesmo sentido, Paulo Farias ensina no Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade ministrado no Instituto de Direito Público na disciplina Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados.

[250] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator: Marco Aurélio, disponível em www.stf.jus.br.

suposto direito a vida do feto anencéfalo em contraposição ao direito da mãe de dispor livremente de seu próprio corpo.

A ADPF 54 possuiu como principais argumentos os seguintes: a falta de desenvolvimento do cérebro do feto anencéfalo o impossibilitaria de sobreviver fora do útero materno; prolongar a gestação por meses seria apenas prolongar o sofrimento da mãe considerando que a morte da criança, ao nascer, seria cientificamente inevitável e ; legalmente falando, não haveria nem mesmo aborto porque o feto anencéfalo é desprovido de cérebro e, segundo a Lei n.º 9.434/1997, o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral.

Entretanto, como argumentos contrários à pretensão da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil podem ser citados os seguintes, senão vejamos: o feto já poderia ser considerado um ser humano devendo ter seu direito à vida respeitado; haveria chances de sobrevivência extrauterina, como no caso raro de uma criança chamada Marcela de Jesus Galante Ferreira, que foi diagnosticada como feto anencéfalo, mas teria sobrevivido alguns meses após o parto (conhecido como "Caso Marcela"); a legalização do aborto de fetos anencefálicos representaria o primeiro passo para a legalização ampla e irrestrita dos abortos no Brasil; o aborto de fetos anencefálicos seria um tipo de aborto eugênico, isto é, uma espécie de aborto preconizada por regimes arianos, como o nazista, no qual se eliminariam indivíduos com deficiências físicas ou mentais, em uma forma de purificação da raça.

Após uma longa marcha processual (que durou praticamente uma década) marcada por laudos médicos, opiniões dos "amigos da corte" nas audiências públicas foi decidido, por 8 votos a 2 que não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos. Ou seja, os médicos que realizam o procedimento cirúrgico e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem crime de aborto.

Pois bem. Tomando como ponto de partida o raciocínio de Paulo Gonet Branco no sentido de que *"as críticas que se fazem a decisões do STF como ativistas, como destoantes do princípio da separação de poderes, carecem tantas*

vezes de uma exposição clara do parâmetro técnico adotado para estimar quando uma deliberação judicial escapa do seu domínio próprio"[251].

É o que ocorre com os argumentos contrários feitos a este julgamento uma vez que, conforme colocado acima, não mostram nada além de inconformismo baseado, eminentemente, em valores ideológicos-religiosos não refletindo qualquer argumentação sólida e, principalmente, jurídica sobre o tema. Neste viés, ao decidir que não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos o Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva do ativismo judicial de Michael Perry[252] foi de fato "ativista" aplicando aos novos fatores e anseios sociais o direito de maneira correta.

CONCLUSÃO

Realizada a análise dos estudos feitos foi possível obter algumas considerações. Na primeira parte foi abordado o histórico condizente ao ativismo judicial tendo como ponto de partida artigo produzido pelo Professor Paulo Gustavo Gonet Branco passado em sala de aula, qual seja: *"Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial".* Nesta perspectiva foi possível vislumbrar a dificuldade inerente a conceituação do "ativismo judicial", suas origens e principais características.

Na segunda parte do artigo foram abordadas as dimensões dos direitos fundamentais desde a primeira geração, passando pela segunda e terceira onde o objetivo foi o de se chegar, finalmente, a considerações sobre a quarta e a quinta gerações, respectivamente haja vista sua intrínseca relação com a questão do aborto de fetos anencefálicos em face da Constituição Federal.

---

[251] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

[252] Michael Perry, "Judicial Activism". Harvard Journal of Law & Public Policy, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional plicymaking by the Judiciary. New Haven, Yale University Press, 1982.

Na terceira parte do artigo foi desenvolvida análise a respeito da ADPF 54 a qual foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2012 tendo como principal objetivo, além de trazer suas principais fases, relacionar tal julgamento ao ativismo judicial chegando-se, finalmente, a conclusão de que houve por parte do Supremo Tribunal Federal a prática correta no tocante a aplicação do direito ao caso concreto dando uma resposta adequada aos anseios sociais da época.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator: Marco Aurélio, disponível em www.stf.jus.br.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIÓGENES JUNIOR, Jórge Eliaci Nogueira. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais? Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 05 jan.2014.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In Direitos Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008.

IRONS, Peter. "Making law: the case for judicial activism". Valparaiso University Law Review vol. 24, 1989-1990.

PERRY, Michael. "Judicial Activism". Harvard Journal of Law & Public Policy, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional plicymaking by the Judiciary. New Haven, Yale University Press, 1982.

RAMOS. Elival da Silva. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116/117.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do advogado editora. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

O STF, A GREVE E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DOS SERVIDORES: ATIVISMO EM FAVOR DO QUÊ?

Robson R. Barbosa[253]

Resumo: O decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, em que ordenou a aplicação da Lei nº 7.783, de 1989, à greve dos servidores estatutários, foi festejado por aqueles favoráveis a um papel mais ativista da Corte na seara das omissões, pois entendem ser reprovável o legislador condicionar o gozo de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados à sua vontade regulamentar. Mas em que medida essa decisão trouxe benefícios para a liberdade sindical no serviço público? O artigo não pretende aprofundar no repetitivo debate sobre os limites do ativismo, mas sim trazer algumas reflexões acerca dos efeitos negativos que a "regulamentação" jurisprudencial trouxe à continuidade do serviço público, por não se atentar para a necessidade e a possibilidade de se viabilizar outro instrumento da liberdade sindical: a negociação coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: STF – ATIVISMO – GREVE – NEGOCIAÇÃO COLETIVA.

Resumen: Lo que decidió la Corte Suprema en la aplicación de la Ley 7.783, de 1989, para regular la huelga de los servidores estatutarios, fué celebrado por los favorables de un papel más activista de la Corte en las omisiones legislativas, porque sostienen ser reprobable que el disfrute de los derechos fundamentales sea restrito por la voluntad de la legislatura. Pero ¿hasta qué punto esta decisión trajo beneficios a la libertad en el servicio público? El artículo no profundizará el debate repetitivo sobre los límites del activismo, sino más bien traer algunas reflexiones acerca de los efectos negativos que la "regulación" trajo sobre la continuidad del servicio público por no asistir a la necesidad y la posibilidad de habilitar otro instrumento de la libertad sindical: la negociación colectiva.

PALAVRAS-CLAVE: STF – ACTIVISMO – HUELGA – NEGOCIACIÓN COLECTIVA

[253] Aluno do Mestrado Acadêmico - IDP

Introdução

Segundo o Enunciado 475 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT, a greve é um instrumento de exercício coletivo e "um dos meios essenciais de que dispõem para promover e defender seus interesses profissionais" (OIT, 1997, p. 109).

E conforme se detalhará adiante, o "recurso à greve"[254] é uma ferramenta social inseparável da tríade que compõe a liberdade sindical, junto com a sindicalização e a negociação coletiva, pois, segundo Manuel Correa Carrasco (1997, p. 116), se assegurado algum desses instrumentos, *a rime obbligate*, deve ser viabilizado o gozo dos demais, sob risco de prejuízo à autonomia coletiva dos trabalhadores.

Então, se a legislação consentir com a associação sindical, e desde que não expressamente vedado pela legislação[255], a utilização do recurso à greve é inerente ao sistema, razão pela qual Mário Pinto entende ser ineficaz eventual tentativa de condicionar o início do seu exercício a alguma regulamentação posterior, pois a simples permissão é suficiente para viabilizá-lo:

> Com efeito, enquanto que a ordem jurídica modela tantos e tantos actos sociais, criando, até, tipos ou esquemas de comportamento (sem que com isso defraude a dinâmica das relações sociais, e realizando, ademais, a justiça nessas mesmas relações), **perante a greve não dispõe o ordenamento jurídico de margem substancial para realizar uma equiparável conformação: ou a nega, ou a tolera, ou a consagra, mas sempre em atitude sumária, sem conseguir juridicizar a dinâmica interna do fenómeno, de modo a assumir e resolver todo o seu significado**. E a prova é que o tratamento jurídico da greve por toda a parte deixa resíduos sociais; por toda a parte reveste ainda sensibilidade social. (PINTO, 1966, p. 56, grifou-se)

---

[254] A OIT comumente utiliza do termo *recurso à greve* em vez de *direito de greve* porque analisa as paralisações à luz de fato, independentemente da qualificação jurídica dada pelos países. Trata-se de "formulação pragmática de orientação sociológica" (HODGES-AEBERHARD; DIOS; 1993, p. 7)

[255] O Verbete nº 365 do Comitê de Liberdade Sindical prega que "*o reconhecimento do princípio da liberdade sindical aos funcionários públicos não implica necessariamente o direito de greve*" (OIT, 1997).

É o que aconteceu com a greve dos servidores públicos estatutários, pois, em que pese ainda não ter sido regulamentada por lei específica, o que levou a jurisprudência em épocas passadas tratar a garantia do inciso VII do artigo 37 da Constituição da República como norma de eficácia limitada (STF, MI 20), a mera permissão de associação sindical serviu para que a categoria desfrutasse do recurso à greve.

Dado o fato de que dinâmica social desautorizou o dogma jurisprudencial de que a previsão constitucional da greve era norma de eficácia limitada, o Supremo Tribunal Federal, nos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, à pretexto de que a mora legislativa violava o regime democrático, ordenou a aplicação da Lei nº 7.783, de 1989 (que regulamenta as paralisações dos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho), à greve dos servidores estatutários.

Nesse contexto, é possível inferir que a regulamentação precária dada pelo Supremo Tribunal Federal teve apenas a intenção de conter o recurso à greve, ante os abusos no uso do instrumento que prejudicavam a continuidade do serviço público[256]:

> [...] Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.
> Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de vôo do país; ou ainda, no caso da greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.
> A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a relembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos. (MI 708, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-206 30/10/2008)

[256] E o uso das greves no setor público tem tomado proporções maiores do que na iniciativa privada, a exemplo do ano de 2011, em que os servidores deflagraram 58,7% do total de greves, acumulando 52.739 horas paradas, sendo que 10% dessas greves duraram por volta de 61 dias, segundo o Balanço de Greves do Dieese 2010-2011.

Essa decisão foi festejada por aqueles favoráveis a um papel mais ativista[257] da Corte Suprema na seara das omissões, pois entendem ser reprovável o legislador condicionar o gozo de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados à sua vontade regulamentar[258]. Por exemplo, Paulo Gonet entende:

> [...] Nesse sentido, não é de ser censurada a tendência da Corte de estender medidas disciplinadoras da greve do setor privado ao setor público – obvia-se, assim, que o Legislativo subordine todo o direito fundamental de greve do servidor público ao seu alvedrio. (BRANCO, 2011, p. 398).

Mas em que medida essa decisão sobre a greve trouxe benefícios para a liberdade sindical no serviço público? A exposição a seguir não pretende aprofundar no repetitivo debate sobre os limites do ativismo, mas sim trazer algumas reflexões acerca dos efeitos negativos que a "regulamentação" jurisprudencial trouxe à continuidade do serviço público por não se atentar para a necessidade e a possibilidade de se viabilizar outro instrumento da liberdade sindical: a negociação coletiva.

2 A liberdade sindical no serviço público

Em que pese não haver consenso doutrinário sobre a significação da liberdade sindical, é valiosa a conceituação proposta por Octavio Bueno Magano, para o qual:

> [...] é o direito dos trabalhadores e empregadores de não sofrerem interferência nem dos poderes públicos nem de uns em relação aos outros, no processo de se organizarem, bem como o de promoverem interesses próprios ou dos grupos a que pertençam." (MAGANO, 1990, p. 24).

---

[257] O sentido do termo ativismo será orientado pelas dimensões encontradas na obra de Bradley C. Canon (1983), que oportunamente será mencionada.

[258] Essa nova postura trouxe esperanças ao funcionalismo público, tanto que, com base nela, foram impetrados outros mandados de injunção pretendendo a resolução de omissões legislativas que impediam o gozo de direitos, como é o caso da aposentadoria especial e da revisão geral anual.

Consoante as lições de Oscar Ermida Uriarte (1983), a liberdade sindical é formada por uma estrutura triangular, composta da associação sindical, greve e negociação coletiva, sendo que a falta ou a insuficiência de qualquer um desses elementos inviabiliza a efetiva autonomia coletiva da classe trabalhadora.

No entanto, essa autonomia coletiva para os servidores públicos estatutários participarem da construção do ambiente de trabalho sempre foi objeto de controvérsias, pois a teoria do órgão aliada à teoria da impermeabilidade "não aceitava e segregação entre os interesses da Administração e dos seus servidores" (BARBOSA, 2012, p. 53), as quais sustentavam a imposição unilateral das condições de trabalho pela Administração Pública.

Segundo Luísa Cristina Pinto e Netto, tais amarras impediram o gozo dos instrumentos da liberdade sindical pelos servidores:

> Neste ponto, cabe destacar que foi graças a estas ideias que se proibiu, como regra geral, a sindicalização dos agentes públicos, o exercício do direito de greve e a sua participação na fixação das condições de prestação de trabalho, até meados do século XX. Afinal, como poderiam os agentes, que deveriam ser ascéticos e imparciais, organizar-se em sindicatos para defender interesses corporativos? Como poderiam fazer greve, apresentando reivindicações contra o Estado, de que fazem parte, com quem se confundem? (NETTO, 2005, p. 110)

A Constituição da República de 1988 reconheceu a liberdade sindical para a categoria, no entanto, gerou polêmicas quanto à possibilidade do uso da greve e da negociação coletiva. É que a garantia da livre associação sindical para os servidores (inciso VI do artigo 37) "foi o único dos componentes da liberdade sindical sobre o qual não recaíram maiores controvérsias no que se refere à sua aplicabilidade" (BARBOSA, 2012, p. 23).

No entanto, como se viu, agora o Supremo Tribunal Federal "assegurou" a greve, mas, se se partir da necessária estrutura triangular da liberdade sindical, não faltaria garantir a negociação coletiva para esses servidores?

Ocorre que, quando confrontado com o tema, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a constitucionalidade do instrumento para os servidores

estatutários, pelo que se passa a fazer um breve resumo desse entendimento da Corte Constitucional.

3 O Supremo Tribunal Federal e a negociação coletiva de servidores

Tenha-se que a negociação coletiva é “um processo participativo voltado ao estabelecimento de condições de trabalho e emprego” (GERNIGON *et al.*, 2002, p. 120), sendo o instrumento da liberdade sindical que possibilita a pacificação dos conflitos coletivos oriundos das relações de trabalho, inclusive evitando ou auxiliando no término de greves.

O problema dos servidores públicos orientados pelo regime estatutário é que a Constituição da República de 1988 lhes assegurou expressamente o direito à associação sindical e à greve, sem que na sequência mencionasse o direito à negociação coletiva.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal julgou as ações diretas de inconstitucionalidade nº 492, em 1993, nº 114, em 1994, e nº 559, em 2006, e declarou a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que previam a negociação coletiva como direito sindical do servidor público estatutário.

Para o Supremo Tribunal Federal, a suposta inconstitucionalidade da negociação coletiva dos servidores públicos advém da não extensão do reconhecimento dos acordos e convenções coletivas dos trabalhadores da iniciativa privada, bem como pelos limites financeiros e estatutários impostos à matéria:

> [...] A Constituição, aliás, ao assegurar aos servidores públicos uma série de direitos dos trabalhadores em geral, (C.F., art. 39, § 2º), a eles não garantiu o direito ao 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho' (C.F., art. 7º, XXVI). Isto ocorreu, certamente, porque as relações entre os servidores públicos e o poder público são regidas por normas legais, porque sujeiras ao princípio da legalidade. [...]
> Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos

> de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malogrado o acordo, o direito de ajuizar o dissídio coletivo. E é justamente isto o que está assegurado no art. 240, alíneas d (negociação coletiva) e e (ajuizamento coletivo frente à Justiça do Trabalho) da citada Lei 8.112, de 11.12.90. (Voto do Relator Ministro Carlos Velloso nos autos da ADI nº 492).

Os impedimentos elencados pelo Supremo Tribunal Federal redundam:

> (i) na suposta ausência da previsão constitucional; (ii) na legalidade e na indisponibilidade *[supremacia]* do interesse público, que retiram qualquer margem de autonomia negocial do Administrador Público acerca da definição das condições de trabalho, as quais somente podem ser alteradas por Lei; e (iii) na vinculação da administração ao programa orçamentário, que impede a concreção dos eventuais efeitos financeiros das negociações. (BARBOSA, 2012, p. 26).

Vale um destaque ao contraponto feito pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI nº 492, na parte em que registrou que a Constituição de 1988 não vedou a negociação coletiva de servidores estatutários, dada a remissão que o antigo § 2º do artigo 39 fazia aos incisos VI e XIII do artigo 7º da Constituição, bem como era uma decorrência implícita do direito da associação e greve[259]:

> O que se mostra paradoxal é a existência de norma constitucional expressa prevendo a sindicalização e, mais do que isto, o direito à greve, para, a seguir, em interpretação de preceito constitucional diverso, dizer-se que o Estado está protegido pela couraça da proibição de dialogar, ainda que objetivando o envio de projeto ao Legislativo, para que este, na voz abalizada dos representantes dos Estados - os Senadores e do povo os Deputados, diga da procedência do que reivindicado e negociado, não só considerados os interesses coletivos doe servidores, como também os da sociedade como um todo. (voto do Min. Marco Aurélio nos autos da ADI nº 492).

Da aula de Arion Sayão Romita, é possível compreender que o Supremo Tribunal Federal não se atentou para a diferenciação entre negociação coletiva e acordos ou convenções:

[259] Não consta divergência do ministro na ADI nº 559, talvez vencido pelo cansaço.

> A convenção e o acordo coletivo são o resultado da negociação, quando esta chega a bom termo e exige a celebração de um ajuste formal. Os instrumentos normativos não se confundem com o processo de negociação. Nem sempre a negociação culmina com uma negociação formalmente celebrada. A omissão do art. 39, parágrafo 3º, não importa a vedação do direito de negociação. Este subsiste, embora a Constituição não estenda expressamente aos servidores públicos o reconhecimento da convenção coletiva. Negociação não é o mesmo que convenção coletiva. (ROMITA *apud* JORGE NETO & CAVALCANTE, 2010, Tomo II, p. 1.476).

Mas ao dar a concretização precária ao direito de greve no mandado de injunção nº 712, o Supremo Tribunal Federal "aplicou" a Lei nº 7.783, de 1989, na parte em que trata da necessidade das tentativas de negociação antes da deflagração de greve[260], e com isso decidiu algumas vezes condicionar a legalidade das greves à precedência das negociações[261].

Mas tal fato não pode ser concebido como superação da jurisprudência contrária ao direito de negociação coletiva, pois o Supremo Tribunal Federal exigiu a tratativa apenas como ato *pro forma* para (atrasar) a deflagração da greve, porque a aplicação da Lei nº 7.783, de 1989, não garantiu aos servidores a efetiva participação e representação no estabelecimento das condições de trabalho tal como funciona para os demais trabalhadores regidos por esse

[260] Nos termos do voto relator: "[...] 53. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1° ao 9°, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3° e seu parágrafo único, no art. 4°, no parágrafo único do art. 7°, no art. 9° e seu parágrafo único e no art. 14 21. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89: 'Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho. Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação. [...] 'Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.'" (MI nº 712, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno do STF, julgado em 25/10/2007, DJe-206 30/10/2008).

[261] Por exemplo, na Rcl. nº 13.364 MC e no RE nº 456.530 ED.

diploma[262]. Não foi por menos que, em seguida, a Corte voltou a negar o direito de negociação coletiva para os servidores[263].

Essa posição do Supremo Tribunal Federal revela mesmo um paradoxo, pois, independentemente de previsão expressa ou implícita, é impróprio conceder o extremo da liberdade sindical e instrumento de maior impacto social - greve - sem que isso acompanhe um meio de pacificação – negociação coletiva, porque tal contrassenso tem gerado efeitos negativos sobre a continuidade do serviço público cuja própria Corte alegou defender nos mandados de injunção de greve, conforme se passa a evidenciar.

4 A impropriedade da permissão da greve sem a negociação coletiva

Talvez por temer a concessão de privilégios que não atendam o interesse público, e por não se atentar ao procedimento em si, o Supremo Tribunal Federal não foi capaz de compreender a compatibilidade da negociação coletiva com a legalidade certamente porque ancorado num preconceito interpretativo cujas razões são bem explicadas por Zairo B. Cheibub:

> Quanto aos impactos políticos, algumas análises salientam que a institucionalização o da negociação coletiva no setor público ameaçaria a democracia ao propiciar um canal privilegiado de acesso ao Estado para um grupo de interesse particular, isto é, os sindicatos dos servidores públicos. Dificilmente, argumentam os autores, haveria a formação de outros grupos de interesse fortes o suficiente para contrabalançar os sindicatos de servidores públicos, o que faria com que os governantes não pudessem resistir às pressões por aumentos salariais (cf. Summers, 1980; Cohen, 1980). (CHEIBUB, 2000, p. 122)

---

[262] Para satisfazer essa exigência, bastaria o envio de um mero expediente da entidade sindical com a pauta de reivindicações, instaurando um procedimento administrativo em que um pede e o outro decide. Isso estimula o contraditório, e não o consenso. Adiante se verá que, na prática, pouco importa o teor e a moralidade das pretensões, uma vez que, inexistindo o dever da Administração reunir-se com os representantes dos servidores, não se estimula uma postura de formulação de pedidos que estão ao alcance do administrador.

[263] Por exemplo, no ARE 647436 AgR.

Mas a negociação coletiva não poderia mesmo ocorrer à revelia da legalidade, pois não se pode "ignorar o valor da lei e de suas dimensões como constitutivas de uma sociedade democrática, mas de*[ve-se]* ressignificar o seu papel social, permitindo sua interação com a sociedade e evitando-se absolutizar o seu sentido" (DEMARI, 2007, p. 65).

No entanto, quando teve outra oportunidade de sanar os problemas da liberdade sindical do serviço público, no julgamento dos paradigmáticos mandados de injunção de greve, o Supremo Tribunal Federal novamente impediu que os servidores alcançassem a negociação coletiva sem buscar alternativas interpretativas para viabilizar a efetiva participação da categoria no debate sobre a construção do ambiente de trabalho.

A compreensão desse simples e eficaz procedimento de pacificação foi ofuscada pela legalidade estrita porque o Supremo Tribunal Federal ainda não fez uma releitura adequada ao contexto da Constituição de 1988[264]. É que, para manter a efetividade desse postulado, faz-se necessária uma "interpretação constitucional aberta a novas alternativas e incentiva a adaptabilidade do texto à evolução social constante de uma sociedade complexa e plural" (MENDES, 2008, p. 15).

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal preferiu consentir com o recurso à greve, que causa inúmeros prejuízos à sociedade porque não veio acompanhado do necessário instrumento de pacificação desses conflitos, ignorando o fato de que os assuntos devem ser tratados conjuntamente, vez que são indissociáveis da estrutura da liberdade sindical.

Vale dizer, quando da aplicação da Lei nº 7.783, de 1989, aos servidores estatutários, não se poderia afastá-los do direito à negociação coletiva sem que fossem buscadas alternativas de convivência compatível com a legalidade, pois, segundo adverte a Corte Constitucional Italiana, "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni

[264] Nesse ponto, são oportunas as críticas de Lenio Streck sobre a falta de uma "teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico" (2012, p. 47), no caso, a Constituição de 1988.

incostituzionali [...] ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (sentença n. 356, de 1996).

O estranho é que, em relação à greve, o Supremo Tribunal Federal protagonizou o uso de técnicas decisórias até então não convencionais, mas em relação à negociação coletiva, utilizou da velha premissa da atuação como legislador negativo, algo fora do que se esperava do papel de uma Corte Constitucional que agiu de forma inovadora em nome da defesa da continuidade do serviço público.

É certo que, com a sensível alteração do papel da tripartição dos Poderes, dada a ênfase à jurisdição constitucional que atribui certo protagonismo ao Judiciário na busca pela efetivação de direitos fundamentais, resta ultrapassada a discussão acerca da viabilidade do *judicial review* em questões que anteriormente se reservavam ao debate legislativo. O debate atual versa sobre a "necessidade de se colocar limites ao 'poder hermenêutico' dos juízes" (STRECK, 2009, p. 2).

Mas, uma vez que o Judiciário passa à frente do Legislativo para sanar uma omissão regulamentar de direitos fundamentais, tem que "tomar a sério a estrutura textual das constituições, pois um desconstrucionismo desvinculado da forma normativo-constitucional dificilmente 'constrói' uma ordem de integração" (CANOTILHO, 2004).

A aventura da Corte num ativismo em matéria de liberdade sindical dos servidores não poderia ignorar as conexões e os cruzamentos da estrutura constitucional que envolve o tema (TRIBE, 1995, p. 1248), razão pela qual tratar de greve também deve passar pelo debate sobre as possibilidade de se assegurar uma efetiva negociação coletiva como um *resultado discursivamente possível* (BRANCO, 2011, p. 401).

Faltou o *pensamento do possível*, questionar "¿qué podria ocupar el lugar de lo que es?" (HABERLE, 2003, p. 49), talvez uma simples interpretação conforme que trouxesse a obrigação de sentar-se à mesa em pé de igualdade, um negociar que não significa fechar acordo e sim ouvir e considerar todas as

preocupações de ambos os lados, alternativas que fariam toda a diferença para a continuidade do serviço público.

Ademais, como atribuir exclusiva culpa ao Congresso Nacional pela omissão da greve: não seria porque foi julgada inconstitucional a negociação coletiva que o legislador se viu impossibilitado de avançar na regulamentação da greve?

Sabe-se que, mesmo com a não viabilização da negociação coletiva pelo Supremo Tribunal Federal, o servidores inventaram um "jeitinho" para forçar o diálogo com a Administração Pública, porque:

> [...] diferentemente da iniciativa privada, que só pode fazer greve após frustrada a negociação coletiva ou não cumpridos os seus termos (artigos 3º e 14 da Lei nº 7.783, de 1989), os servidores paralisam as atividades para coagir a Administração à aceitar as reivindicações da categoria, e a partir de então inicia-se o diálogo no setor público. (BARBOSA, 2012, p. 61)

Mas essa clandestinidade cria um *parassistema administrativo*, vez que feita sem quaisquer parâmetros normativos que possibilitem o controle das tratativas, o que gera dúvidas sobre sua legitimidade, porquanto seus fundamentos não são devidamente expostos à coletividade:

> O acima afirmado pode ser exemplificado com o que se passa amiúde em relação ao modo como surgem certas normas estatutárias da função pública. Se um certo grupo de servidores, representado por um sindicato, associação ou mesmo comissão temporária, logra acesso aos dirigentes da administração pública para negociar certos interesses, é possível que ele venham a conquistar certos privilégios que, embora considerem legítimos direitos, poderão estar em franco confronto com padrões de legitimidade e de razoabilidade na aplicação das normas e princípios constitucionais. Podem alcançá-lo sob o manto de uma "legítima negociação", mas só aparentemente, pois nem os fins justificam os meios, nem estes podem ratificar qualquer resultado. Neste caso, estaremos diante de *lobby* sem legitimidade. (ARAÚJO, 2011, p. 242).

E isso gera um ciclo vicioso, pois, uma vez que não possuem o dever legal de cumprir com as promessas anunciadas nessas negociações clandestinas, não

raro os Administradores ignoram a palavra dada nos acordos, atitude que faz com que os servidores deflagrem novas greves[265]:

> É claro que, nessas circunstâncias, o Administrador reserva-se a possibilidade de descumprir o que foi legitimamente acordado, considerando-se que, caso a Administração não cumpra a sua parte, os sindicatos não contarão com a tutela judicial, posto que o Poder Judiciário brasileiro já declarou que a negociação coletiva entre servidores públicos e Administração é inconstitucional. (DEMARI, 2007, p. 146-147)

Em razão da não viabilização da negociação coletiva pelo Supremo Tribunal Federal - que, se lida em consonância com a Constituição de 1988, veio justamente para colocar dentro da legalidade os pactos realizados informalmente -, faz com que, de um lado, inúmeras greves no serviço público sejam deflagradas em decorrência da falta de abertura de espaço pela Administração Pública para dialogar, do outro, decorrem de reivindicações dos servidores que passam ao largo das possibilidades legais do Poder Público e que, evidentemente, não podem ser atendidas (pois, na clandestinidade, seria ingênuo acreditar que haveria alguma preocupação sobre o que a Lei permite ou não).

Ao negar a institucionalização da negociação como reflexo da autonomia coletiva dos servidores, o Supremo Tribunal Federal os isentou da responsabilidade pelo próprio discurso que teriam caso tivessem voz no estabelecimento das condições de trabalho[266]. Viabilizar a negociação coletiva evitaria a desconfiança da sociedade ao estimular uma postura de responsabilidade discursiva da categoria em levar à mesa de negociação pretensões legalmente realizáveis, sanando a tensão que acaba desaguando nas greves.

---

[265] Segundo o Balanço das Greves em 2012 feito pelo DIEESE (2013), as paralisações no setor público que reivindicam o cumprimento de promessas da Administração alcançou 51,8% do total de greves da categoria.

[266] É que, segundo Gerald Dworkin, por meio da autonomia, as pessoas "definen su naturaleza, dan coherencia y significado a sus vidas, **y asumen la responsabilidad por el tipo de personas que son**" (1988 *apud* GARCÍA, 2005, p. 112, grifou-se).

A *sensibilidade jurídica* da cultura brasileira é outro fator que compromete a percepção da legitimidade da negociação coletiva, porque é extremamente refratária ao consenso como fonte normativa pluralista (KANT DE LIMA, 2010), tanto mais num âmbito em que a legalidade estrita e a unilateralidade são dogmas nos discursos formais da Administração, no entanto, como se viu, na prática clandestina da negociação com servidores, não parece servir de horizonte para o consenso.

Assim, em vez de acatar a negociação coletiva como manifestação de um *pluralismo jurídico compreensivo*[267], o Supremo Tribunal Federal usou de um paternalismo[268] jurisprudencial quando "assegurou" o exercício da greve e, ao mesmo tempo, inviabilizou o uso da ferramenta que permite aos servidores resolverem por si próprios – e de uma forma não violenta - as querelas do ambiente de trabalho.

Conclusão

Pelo que se infere dos apontamentos anteriores, é possível concluir que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em consentir com a greve sem permitir a negociação coletiva é negativamente ativista na medida em que: (i) nega a política da liberdade sindical para o serviço público adotada democraticamente pelo parlamento (majoritarismo); (ii) interpreta contrariamente à evidente intenção e à clara linguagem constitucional no sentido de que greve e negociação são indissociáveis (fidelidade interpretativa); e (iii)

[267] A despeito da negociação coletiva, enquanto fonte heteronormativa, não poder violar os limites da legalidade, oportuna a lição de Michel Rosenfeld sobre as balizas das normas advindas de fontes pluralistas: "[...] Moreover, comprehensive pluralism must be prepared to accept the norms produced by other conceptions of the good, but only to the extent that such norms do not interfere with its encompassing design" (ROSENFELD, 1998, p. 200).

[268] Por paternalismo, tenha-se como "uma política social orientada ao bem-estar dos cidadãos e do povo, **mas que exclui a sua direta participação: é uma política autoritária** e benévola, uma atividade assistencial em favor do povo, exercida desde o alto, com métodos meramente administrativos. Para expressar tal política, nos referimos então, usando de uma analogia, à atitude benevolente do pai para com seus filhos 'menores'" (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO; 1998, p. 908, grifou-se).

prefere fazer política substantiva ao “regulamentar” a greve em vez de preservar o processo democrático que é a negociação coletiva (substancialismo) (CANON, 1983).

A interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal é negativa porque efeitos indesejados que incidem diretamente sobre a continuidade do serviço público e, consequentemente, sobre os administrados, pois:

> O maior impacto da negativa à negociação coletiva para o setor diz com a continuidade do serviço público e com a eficiência, pois, numa conjuntura em que o Poder Público é o garantidor dos serviços indispensáveis para a maioria da sociedade, e sendo os servidores o meio de atuação do Estado nessa situação, entender a greve como o único meio de expressão da categoria é descuidar dos cidadãos que necessitam desses serviços. (BARBOSA, 2012, p. 13).

A atuação da Corte Constitucional nos mandados de injunção que regulamentaram a greve, embora tida por muitos como “hercúlea” e divisora de águas, peca por não ter sido mais completa para também encontrar a *melhor solução possível* (AARNIO, 1990) de viabilizar a aplicação da Lei nº 7.783, de 1989, ao caso da negociação coletiva (não como mero ato formal para evitar o início das paralisações, mas sim para priorizar a autonomia coletiva dos servidores), pois “a crise da justiça existe quando os tribunais constitucionais se limitam a ponderações situativas assentes num pragmatismo ocasionalístico e eclético” (CANOTILHO, 2004).

Deve-se abandonar o preconceito que cerca a possibilidade dos servidores estatutários negociarem direta e pacificamente as soluções para a melhoria do ambiente de trabalho com a Administração. É decorrência do jogo da democracia o reconhecimento da autonomia dessa categoria para a resolução dos seus próprios problemas. Não à toa, a liberdade sindical dos servidores é rotineiramente exercida mediante demandas judiciais, enquanto que os demais trabalhadores preferem a resolução das suas demandas diretamente com seus patrões. Esse paternalismo do Supremo Tribunal Federal é incompatível com a liberdade sindical, pois o que muitos filhos desejam é serem reconhecidos como adultos capazes, sentarem-se, ouvirem e serem ouvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico** Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, ISSN 0214-8676, nº 8, 1990, p. 23-38.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARBOSA, Robson Rodrigues. **Negociação Coletiva na Administração Pública**: uma releitura da legalidade e da supremacia do interesse público. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Brasília, 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio** - o ativismo judicial. In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivum, 2011.

CANON, Bradley C. **Defining the Dimensions of Judicial Activism**. Judicature, s. I, Vol. 66, n. 6, 1983.

CARRASCO, Manuel Correa. **La negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletin Oficial del Estado, 1997.

CHEIBUB, Zairo B. **Reforma administrativa e relações trabalhistas no setor público**: dilemas e perspectivas. Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 2000, vol.15, n.43, p. 115-146. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092000000200007>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Jurisdição Constitucional e Novas Intranquilidades Discursivas:** Do melhor método à melhor teoria. In: Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Publico e Historia Constitucional, n.º 4, 2004. Disponível em

<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CanotilhoJur.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2014.

DEMARI, Melissa. **Negociação coletiva no serviço público**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

DIEESE. **Balanço das Greves em 2012**. Nº 66 – Maio de 2013. Disponível em <http://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2012/estPesq66balancogreves2012.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2014.

DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**, Cambridge: Cambridge University Press, 1988. *Apud* GARCÍA, Macário Alemany. El concepto y la justificación del paternalismo, Tese (Doutorado) – Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, 2005.

GERNIGON, Bernard; *et al*. **A negociação coletiva na administração pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. 1ª reimpresión. D.F. – México: Universidad Nacional, 2003.

HODGES-AEBERHARD, Jane; DIOS, Alberto Odero de. **Princípios do Comitê de Liberdade Sindical Referentes a Greves**. Brasília: OIT, 1993.

KANT DE LIMA, Roberto. **Sensibilidades Jurídicas, Saber e Poder**: Bases Culturais de Alguns Aspectos do Direito Brasileiro em uma Perspectiva Comparada. Anuário Antropológico, N. 2, 2010, p. 25-51.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do trabalho**: direito coletivo do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1990, vol. 3.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OIT. **Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT**. 1ª edição. Brasília: OIT, 1997.

PINTO, Mário. **O direito perante a greve**. Análise social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Lisboa: Gabinete, ISSN 0003-2573, ZDB-ID 4340012. - Vol. 4.1966, p. 56. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224165969H9aVK9ii3Cj59LE0.pdf>

ROMITA, Arion Sayão. *Apud* JORGE NETO, Francisco Ferreira e & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de direito do trabalho**. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROSENFELD, Michel. **Just Interpretations**: Law Between Ethics and Politics. Berkeley: University of California Press, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª ed. revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____________________________. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, Laurence H. **Taking Text and Structure Seriously**: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation. Harv. L. Rev 1221 (1994-1995), p. 1221-1303.

URIARTE, Oscar Ermida. **Apuntes sobre la huelga**. Montevidéo: FCU, 1983.